



**UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO COMÚN**

**LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN EL DERECHO  
COMÚN.**  
**ESPECIAL ATENCIÓN A SU APLICACIÓN EN LA  
SUCESIÓN TESTAMENTARIA**

Fdo.: Marta Madriñán Vázquez

Trabajo de investigación inédito realizado por la  
Licenciada Marta Madriñán Vázquez, bajo la  
dirección de la Catedrática de Derecho civil Prof. Dra.  
M<sup>a</sup>. Paz García Rubio y el Profesor Titular Prof. Dr.  
Javier Lete Achirica, para la obtención del grado de  
Doctora en Derecho

Vº Bº de los Directores de la Tesis Doctoral

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE.....</b>	<b>2</b>
<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>11</b>

**PARTE PRIMERA.**  
**EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA HISTORIA**

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**ORÍGENES DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN**

<b>I. PUEBLOS ANTIGUOS.....</b>	<b>16</b>
<b>II. DERECHOROMANO.....</b>	<b>17</b>
1. El <i>ius civile</i> .....	17
2. Derecho pretorio.....	20
3. Derecho imperial.....	24
4. Derecho justiniano.....	26
<b>III. DERECHO GERMÁNICO.....</b>	<b>31</b>
1. Época antigua.....	32
2. Período Franco.....	35
3. Edad Media.....	35
4. Época Moderna.....	38

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN EL DERECHO HISTÓRICO**  
**ESPAÑOL. DEL FUERO JUZGO AL CÓDIGO CIVIL**

<b>I. EL FUERO JUZGO.....</b>	<b>41</b>
<b>II. EL FUERO VIEJO DE CASTILLA.....</b>	<b>45</b>
<b>III. EL FUERO REAL (1252-12559).....</b>	<b>45</b>
<b>IV. LAS SIETE PARTIDAS (1256-1263).....</b>	<b>48</b>

<b>V. ÉPOCA MODERNA, DE LAS LEYES DE TORO A LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN.....</b>	<b>52</b>
<b>VI. PERIODO CODIFICADOR. PRECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL.....</b>	<b>56</b>

## PARTE SEGUNDA

### FENÓMENO SUCESORIO Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN

#### CAPÍTULO PRIMERO

##### FASES DEL FENÓMENO SUCESORIO

<b>I. DESIGNACIÓN Y FASE DE APERTURA.....</b>	<b>64</b>
<b>II. LA VOCACIÓN Y LA DELACIÓN.....</b>	<b>68</b>
1. Distinción entre categorías conceptuales.....	68
2. Presupuestos de la vocación.....	73
<i>A) La personalidad.....</i>	<i>74</i>
a) Coexistencia entre causante y causahabiente.....	75
b) Institución de heredero bajo condición suspensiva.....	77
c) Vocación a favor del <i>nasciturus</i> .....	95
d) Vocación del no concebido.....	98
<i>B) Incapacidad relativa e indignidad.....</i>	<i>107</i>
<b>III. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA: SISTEMAS DE ADQUISICIÓN.....</b>	<b>115</b>
<b>IV. TRANSMISIÓN DEL IUS DELATIONIS.....</b>	<b>122</b>

#### CAPÍTULO SEGUNDO

##### EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN. INSTITUCIÓN TÍPICA DE LA SUCESIÓN INTESTADA

<b>I. CONCEPTO DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.....</b>	<b>131</b>
<b>II. FUNDAMENTO.....</b>	<b>137</b>

<b>III. NATURALEZA JURÍDICA: TERORÍAS DOCTRINALES Y CRÍTICA.....</b>	<b>141</b>
1. La representación en sentido técnico-jurídico.....	141
2. Teorías doctrinales y crítica.....	143
A) <i>Teoría de la ficción legal</i> .....	144
B) <i>El derecho de representación como subrogación legal</i> .....	147
C) <i>Teoría de la “sustitución ex lege”</i> .....	150
D) <i>Teoría de la conversión</i> .....	157
E) <i>Teoría de la vocación colectiva</i> .....	160
F) <i>Teorías de la vocación indirecta: Teoría de la vocación en parte per relationem y de la delación indirecta</i> .....	161
<b>IV. PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.....</b>	<b>164</b>
1. Presupuestos objetivos.....	164
A) <i>Premuerte del representado, comoriencia y ausencia declarada</i> .....	170
a) La premuerte.....	170
b) La comoriencia del <i>de cuius</i> y del representado.....	171
c) La representación sucesoria en el supuesto de ausencia declarada .....	175
B) <i>El artículo 929 del Código civil: desheredación e incapacidad</i> .....	178
2. Presupuestos subjetivos. El parentesco.....	191
<b>V. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA.....</b>	<b>199</b>
1. Consideraciones generales.....	199
2. Sustitución jurídica del representado por el representante.....	204
3. División de la herencia por estirpes.....	209
A) <i>Llamamiento a varios herederos del mismo grado</i> .....	210
B) <i>Estirpe única</i> .....	213

**PARTE TERCERA**  
**EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA**

<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>217</b>
-----------------------------	------------

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN ANTES DE LA REFORMA DE LA**  
**LEY DE 13 DE MAYO DE 1981**

<b>I. POSICIÓN DOCTRINAL.....</b>	<b>226</b>
<b>II. PANORAMA LEGISLATIVO.....</b>	<b>242</b>
<b>III. CONCLUSIÓN.....</b>	<b>263</b>

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**LA REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA TRAS LA REFORMA**  
**DE LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981**

<b>I. EL ARTÍCULO 814.3 DEL CÓDIGO CIVIL.....</b>	<b>265</b>
1. Introducción.....	265
2. El precepto antes de la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.....	266
3. El artículo 814 tras la reforma de la Ley 11/1981 de 13 de mayo.....	272
<i>A) Supuestos de hecho del artículo 814.3º.....</i>	<i>283</i>
<i>B) Alcance subjetivo del artículo 814.3º.....</i>	<i>289</i>
<i>C) Alcance objetivo del artículo 814.3.....</i>	<i>293</i>
<b>II. INCIDENCIA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR</b> <b>EN EL JUEGO DEL ARTÍCULO 814: SUSTITUCIÓN</b> <b>TESTAMENTARIA Y DERECHO DE ACRECE.....</b>	<b>313</b>

1. Derecho de representación y sustitución.....	314
A) <i>Derecho de representación y sustitución         vulgar</i> .....	316
B) <i>Derecho de representación y sustitución         fideicomisaria</i> .....	320
C) <i>Sustituciones pupilar y         ejemplar</i> .....	321
2. Derecho de representación y derecho de acrecer.....	323

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL**

<b>I. LA RESERVA LINEAL DEL ARTÍCULO 811 C.C.....</b>	<b>323</b>
A) <i>Naturaleza jurídica</i> .....	325
B) <i>Engranaje de la reserva lineal en el Código         civil</i> .....	329
<b>II. APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN A LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL.....</b>	<b>330</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>341</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>357</b>

## **ABREVIATURAS**



A.A.M.N .....Anales de la Academia Matritense del Notariado  
 A.C.....Actualidad Civil  
 A.D.C.....Anuario de Derecho civil  
 A.D.G.R.N.....Anuario de la Dirección General de Registros y del  
 Notariado  
 art. Arts.....artículo y artículos  
 B.O.E.....Boletín Oficial del Estado  
 Cc.....Código civil  
 CCJ.C.....Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil  
 cit..... citado  
 C.J.C.....Jurisprudencia civil. Colección publicada por la R.G.L.J.  
 Cfr.....confróntese  
 Comentarios EDERSA.....Comentarios al Código civil y  
 Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo García  
 Comentarios Ministerio.....Comentarios del Código civil Ministerio de  
 Justicia  
 Coord. ....coordinado  
 ed.....edición  
 E.J.E.....Enciclopedia Jurídica Española  
 lib.....libro  
 Nov. Rec.....Novísima Recopilación  
 núm. núms.....número y números  
 op. cit. ....obra citada  
 pág. págs.....página y páginas  
 RDCA.....Revista de Derecho Civil Aragonés  
 RCDI.....Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

R.D.G.R.N. RR.D.G.R.N.....Resolución y Resoluciones de la  
Dirección General de los Registros y del  
Notariado.

RDI.....Revista de Derecho Inmobiliario

R.D.N.....Revista de Derecho Notarial

R.D.P.....Revista de Derecho Privado

R.G.L.J.....Revista General de Legislación y  
Jurisprudencia

R.J.A.....Repertorio de Jurisprudencia. Ed.  
Aranzadi

RJN..... Revista Jurídica Notarial

S.T.S. SS.T.S.....Sentencia y Sentencias del Tribunal  
Supremo

s.f.....sin fecha

ss.....siguientes

t.....tomo

trad. ....traducido

últ.....último

vid.....véase

vol. ....volumen

## **INTRODUCCIÓN**

Tradicionalmente el derecho de representación ha sido un instituto que, integrado dentro de la normativa propia de la sucesión intestada, no tenía cabida dentro de la sucesión testamentaria. La doctrina tradicional española se inclinó a negar esta posibilidad basándose para ello en argumentos tales como el emplazamiento sistemático de la institución en nuestro Código civil, que estudia el derecho de representación exclusivamente dentro de la sucesión intestada. Asimismo se ha alegado que el Código civil prevé lo que ha de hacerse si quedara ineficaz el llamamiento testamentario, aplicando entonces la sustitución y omitiendo, a diferencia de lo que ocurre con la sucesión intestada, la representación sucesoria.

Así pues, en términos generales, este sector doctrinal partía de que si la representación sucesoria estaba llamada a constituir una excepción al principio de proximidad de grado, debía ser considerada como un fenómeno propio de la sucesión intestada. En la sucesión testada es la voluntad del testador la que determina el orden de preferencia con que los parientes pueden entrar a suceder. Asimismo, se consideró que si el juego del derecho de representación era idéntico al de la sustitución vulgar, la introducción de aquél en la sucesión testamentaria equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*. Si en los testamentos sólo se atiende a la voluntad del testador, respecto de lo que se guarde silencio, éste debe ser respetado.

Sin embargo, cierto sector doctrinal abogaba por la aplicación del juego de la representación en la sucesión testamentaria. En efecto, se manifiesta una acusada tendencia hacia una mayor amplitud de su campo de actuación, hasta tal punto que a partir de los años cuarenta resulta habitual hablar de la tendencia expansiva del derecho de representación, que se esfuerza por extender, en mayor o menor medida, su aplicación a la sucesión testada. Esta tendencia de carácter innovador se basa fundamentalmente en la voluntad presunta del testador, así como en motivos de equidad y de sentido familiar y humanitario, que tanto se manifiestan en el supuesto de premoriencia del hijo instituido heredero. Se dice que el derecho de representación ha

sido ideado con la intención de reparar, en interés de los hijos, el daño que les ha causado la muerte prematura de sus padres. La tesis central de nuestra Memoria de doctorado es que, en la actualidad, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, el derecho de representación tiene aplicación en la sucesión testamentaria, limitada en los supuestos de indignidad y desheredación a la legítima y más amplia en el supuesto de premuerte, donde el representante obtendrá la porción que el testador hubiera dejado al representado.

Para justificar tal resultado este trabajo de investigación comienza con una exposición histórica de los orígenes y desarrollo del derecho de representación, a fin de conocer a fondo sus vicisitudes prácticas y legales, así como intentar indagar si hay en la historia resquicios para poder admitir que éste centre su área de aplicación, no sólo en sede de intestada, sino también en materia testamentaria. El recorrido histórico comienza ya en los pueblos antiguos, respecto a los cuales se hace una breve referencia, pues si bien nuestro instituto en materia sucesoria adquiere su verdadera configuración jurídica en Roma, ya se pueden ver atisbos del mismo en ciertos pueblos antiguos como Egipto o algunos pueblos de Oriente como la India. Finaliza esta primera parte con los precedentes de nuestro Código civil, obviando los distintos derechos forales por cuanto el presente trabajo se centra en “la representación sucesoria en el Derecho común”. No obstante, dada la importancia de dichos derechos, se han ido introduciendo a lo largo de la obra.

La parte segunda, dedicada a estudiar la figura de la representación sucesoria en el Código civil español así como aquellas cuestiones sucesorias que de un modo u otro pudieran afectar a nuestro instituto se encuentra dividida en dos capítulos claramente diferenciados. El primero un recorrido por el fenómeno sucesorio, lo cual entendemos esencial ya que es dentro del mismo donde va a tener lugar el juego de nuestro instituto y en él confluyen una serie de conceptos de incidencia directa en la estructura y naturaleza jurídica del derecho de representación. El segundo capítulo centra su estudio en el régimen jurídico de la representación sucesoria, como institución típica de la sucesión intestada. Verdaderamente, para poder llegar a concluir si aquélla puede

aplicarse en los supuestos en los que hay testamento, es preciso tener *a priori* un conocimiento profundo de lo que se ha denominado representación sucesoria.

La parte tercera constituye el eje central de nuestro trabajo, ya que indaga específicamente sobre la aplicación de nuestro instituto en la sucesión testamentaria. La clara división existente en dos épocas históricas, antes y después de la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, obedece a una razón de fondo. En efecto, la introducción por la citada reforma del párrafo tercero del artículo 814, de carácter fuertemente innovador, vino a reabrir la vieja polémica sobre la posibilidad de trasplantar el derecho de representación del campo de la sucesión intestada al ámbito de la sucesión testamentaria, pues, a pesar de que su ubicación teleológica y sistemática se encuentre en materia de preterición, presuntamente, parece poner fin a la citada disputa dando acogida al derecho de representación en la sucesión testamentaria ordenada a favor de descendientes del otorgante. Así, la norma introdujo una importante novedad en nuestro Derecho, que hasta ahora no había sido regulado por el Código, y que sin embargo, gran parte de la doctrina moderna, por aquel entonces, venía solicitando. Se cuestiona también en esta última parte si en la reserva lineal del artículo 811 Cc, ante el fallecimiento de un eventual reservatario, antes que el reservista, y con descendencia que viva al tiempo de abrirse la sucesión, resulta posible que dicha descendencia tenga derecho a la reserva en virtud de la aplicación del derecho de representación y, en caso afirmativo, hasta qué punto. Antes de entrar en el fondo del asunto, se ha tomado como punto de partida tanto la naturaleza jurídica de dicha reserva como su engranaje con el sistema sucesorio sancionado en el Código civil, ya que, dada la parquedad de reglamentación existente sobre el tema a tratar, ambos se consideran esenciales para esclarecer si los artículos 924 y siguientes del Código civil son de aplicación a la presente reserva.

La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria

---

**PARTE PRIMERA.**  
**EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN LA HISTORIA**

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **ORÍGENES DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN**

#### **I. PUEBLOS ANTIGUOS**

A pesar de que el derecho de representación en materia sucesoria adquiere su verdadera configuración jurídica en Roma, ya se puede hablar de su existencia en ciertos pueblos antiguos<sup>1</sup>.

En Egipto, fruto de la idea absoluta de copropiedad familiar, que rigió probablemente hasta los tiempos de Darío I, imperaba la igualdad perfecta entre todas las personas llamadas a la sucesión. De este modo, dado que existía el derecho de representación, los hijos y descendientes heredaban por estirpes partes totalmente iguales<sup>2</sup>.

D'AGUANNO<sup>3</sup>, hace referencia al sistema sucesorio de otros pueblos de Oriente en los que se vislumbra la posible existencia del derecho de representación. Así por ejemplo, destaca la India, pueblo muy semejante al egipcio en lo que a la materia de sucesiones se refiere. En éste, en donde la herencia se dividía por partes iguales entre los miembros de la familia, el reparto tenía lugar entre los hijos legítimos y sus descendientes. Además, aparece aquí un modo curioso de representación producida cuando un hijo menor, autorizado, engendraba un hijo con la mujer del hermano mayor difunto, en cuyo caso, la división debía hacerse entre este hijo, que representa a su padre, y su padre natural que era al mismo tiempo hijo suyo. El representante, hijo de la viuda y del hermano menor, no podía sustituir al heredero principal, que era el hermano

---

<sup>1</sup> Consecuentemente, al hablar de la evolución histórica de dicha institución, propia del Derecho de Sucesiones, existe una tendencia a tomar como punto de partida, en lo relativo a sus orígenes, al pueblo romano, en donde se crea la, hasta nuestros días discutida, expresión “*ius repraesentationis*”.

<sup>2</sup> Así lo expone J. D'AGUANNO, *La génesis y la evolución del Derecho Civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales*, trad. por Pedro Dorado Montero, Madrid, La española Moderna, s.f., págs. 480 y ss.

<sup>3</sup> J. D'AGUANNO, *op. cit.*, págs. 482 y ss.



mayor premuerto, en el derecho que este tenía a deducir una porción de la herencia además de la parte sencilla que le tocaba, en la cual sí le sustituía al representarlo.

## II. DERECHO ROMANO

### 1. El *ius civile*

En Roma, el fenómeno sucesorio se encuentra en estrecha relación con la organización familiar, consecuentemente irán produciéndose ciertas modificaciones en las sucesiones paralelas a los cambios sufridos en la concepción del núcleo familiar. Esta primera etapa del Derecho Sucesorio se caracteriza por su dureza y formalismo.

En este periodo rige en Roma la idea de la familia agnaticia, o lo que es lo mismo la familia civil, fundada en la potestad del *pater familias*, la cual comprende, empezando por los hermanos, a todos aquellos que, de no haber muerto su antecesor común, estarían bajo una misma patria potestad; en contra de la cognaticia o natural, basada en los vínculos de sangre que vendrán a regir en épocas posteriores. Ello se debe al sentido que en esta época se da a la familia, concebida como un grupo de personas sometidas, todas ellas, a la potestad del mismo *pater familias* independientemente del vínculo sanguíneo que los una lo cual va a influir notoriamente en materia sucesoria<sup>4</sup>.

Por lo que respecta al Derecho de Sucesiones, lo que se pretendía, en esta primera etapa, era la continuidad de la familia agnaticia. Así pues, el *heres* más que suceder en el traspaso de los bienes dejados por el difunto, lo que hacía era continuar la potestad familiar. De este modo, a la muerte del *pater familias* su posición era ocupada

---

<sup>4</sup> En este sentido, señala F. SCHULZ, (*Derecho romano clásico*, trad. por J. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, 1960, pág. 210), que los *heredes sui* eran aquellos que se “hallarían in potestate o in manu del de cuius si éste viviese todavía”. No se exige, por lo tanto el parentesco de sangre, así, la *uxor in manu* y el *filius adoptivus* pertenecen a los *sui* y no son consanguíneos; contrariamente a ello, un hijo emancipado del *de cuius* es consanguíneo de éste, y no corresponde a la clase de los *suus*. En la misma línea destacan J. ARIAS RAMOS y J. ARIAS BONET (*Derecho romano*, vol. II, 17ª ed., Madrid, 1984, pág. 829) “Lo que determina la condición de *heres suus* no es el vínculo biológico o de sangre sino la potestas. Un extraño adoptado es *heres suus*, un hijo procreado por el *decuius*, pero emancipado, o una hija que ha contraído matrimonio *cum manu* no lo son”.

por sus hijos y su *uxor in manu* de tal suerte que así se aseguraba “la continuidad de la familia, la prosecución del culto a los dioses domésticos, y también la subsistencia unitaria de la empresa agrícola de la casa (...)”.<sup>5</sup>

En lo que respecta al orden de suceder,<sup>6</sup> cuando el *pater* moría intestado, en primer lugar eran llamados a la herencia los *heredes sui*. Dentro de este grupo se entendían comprendidos aquellos descendientes del causante que estuviesen bajo su potestad directa, ya sea por adopción, por nacimiento o por *conventio in manum*. En su defecto, serían llamados a la herencia los agnados más próximos, es decir, todos aquellos que se encontraban sometidos a la potestad del mismo *pater familias* o bien que lo estarían si éste no hubiera faltado, ya sea por muerte, ya por cautividad; y en su ausencia los gentiles, es decir, aquellos que formaban parte de la *gens* a la que pertenecía el difunto.

Entre los *heredes sui*, quienes sucedían al causante directamente, sin necesidad de aceptar la herencia y sin posibilidad de proceder a su renuncia debido al principio *semel heres, semper heres*, la sucesión tenía lugar por cabezas, es decir, ésta era repartida por igual y sin distinción de sexos, pero en el supuesto de que alguno de ellos, hubiera premuerto, o hubiera salido de la familia por emancipación<sup>7</sup>, sus descendientes

---

<sup>5</sup> Cfr. M. KASER (*Derecho romano Privado*, 5ª ed., trad. por J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1968, pág. 299). En la misma línea, P. JÖRS / W. KUNKEL (*Derecho Privado Romano*, trad. a la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, 1937, págs. 436, 437). dejan patente la idea de sucesión de la potestad familiar en frases como las que siguen, “La sucesión de los *sui heredes* resulta así no otra cosa que la transformación del derecho que en la comunidad familiar pertenecía a cada uno de los descendientes más próximos, latente durante la vida del padre de familia, en poder doméstico pleno sobre sus propias mujeres y descendientes y sobre su cuota del patrimonio familiar (...). Rastros de esta sucesión antigua de la potestad doméstica se conservan hasta los tiempos históricos en el derecho hereditario de los *sui heredes*. Pero no transcurre mucho tiempo sin que el concepto de la sucesión se reduzca a más estrechos límites. En lugar de la idea de la división de la familia y de la sucesión de la potestad doméstica, la herencia se concibe en tiempos más modernos como un traspaso a los herederos de los bienes dejados por el difunto. (...) La transformación de la antigua sucesión de la potestad familiar en sucesión meramente patrimonial se efectúa (...)”.

<sup>6</sup> XII TABLAS, V, 4- “*Si intestato moritur, qui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*”, 5- “*Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*”. Dicho orden de suceder queda latente a su vez en GAYO, 3. 1-17.

<sup>7</sup> Los emancipados no formaban parte de la categoría de herederos de propio derecho con lo cual carecían de derecho alguno en la herencia de su ascendiente. (Cfr., GAYO, 3. 19. *Statim enim emancipati liberi nullum ius in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse.*).

más directos pasarían a ocupar su lugar alcanzando éstos la categoría de “*sui iuris*”<sup>8</sup>. Así pues, en estos supuestos, la sucesión tendría lugar por estirpes y no *in capita*<sup>9</sup>.

El derecho de representación existía pues en esta época<sup>10</sup>, si bien, no era conocido como tal, ya que el hecho de ocupar en la sucesión el lugar de un descendiente se denominaba la *successio in locum*<sup>11</sup>; a través de ésta, la sucesión tenía lugar, tal y como se mencionó en el párrafo anterior, *in estirpes* y no *in capita*<sup>12</sup>.

Los *heredes sui* no podían ser silenciados, o lo que es lo mismo preteridos, en el testamento. El testador tenía la obligación de mencionarlos, ya sea para desheredarlos, teniendo en cuenta que la desheredación de los hijos sometidos a la potestad del pater al tiempo de redactar el testamento debía de hacerse nominativamente mientras que los

---

<sup>8</sup> Esto sólo ocurría con respecto a los descendientes por línea masculina, pues a los de la línea femenina no les era de aplicación por cuanto, a pesar de que las mujeres también se hacían “*sui iuris*”, éstas no alcanzaban jamás la categoría de “*Pater*”.

<sup>9</sup> En este sentido, se puede leer en GAYO, 3. 7-8. 7. *Igitur cum filius filiaue et ex altero filio nepotes neptesue extant, pariter ad hereditatem uocantur; nec qui gradu propior est, ulteriorem excludit; aequum enim uidebatur nepotes neptesue in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisue sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisue, simul omnes uocantur ad hereditatem.* 8. *Et quia placebat nepotes nepteuse, item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere, conueniens esse uisum est non in capita, sed in stirpes hereditatem diuidi, ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresue nepotes alteram dimidiam; item si ex duobus filiis nepotes extent et ex altero filio unus forte uel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad ters aut quattuor altera dimidia.* (7. Así pues, cuando quedan un hijo o una hija y los nietos y nietas de otro hijo, son llamados juntamente a la herencia, y el que está más próximo en grado no excluye al más remoto, pues parece equitativo que los nietos y las nietas sucedan en el lugar y en la porción de su padre. Por idéntica razón, si hay un nieto o una nieta hijos de un hijo varón, o un bisnieto o una bisnieta hijos de un nieto varón, todos son llamados a la herencia simultáneamente. 8. Y puesto que se estimó justo que los nietos y las nietas, así como los bisnietos y las bisnietas sucedieran en el lugar de su padre, pareció conveniente que la herencia fuera dividida no por cabezas, sino por estirpes, de tal manera que el hijo obtenga la mitad de la herencia y los dos o más nietos hijos de otro hijo la otra mitad; asimismo, si hay nietos hijos de los dos hijos, pero de un hijo sólo uno o quizá dos, y del otro tres o cuatro, media parte pertenece al uno o a los dos y la otra mitad a los tres o a los cuatro.).

<sup>10</sup> Este derecho de representación tenía lugar entre el grupo de los *sui*, pero no entre los agnados. Por lo que respecta a éstos, el agnado de grado más próximo excluye al más remoto, y si hubiera varios del mismo grado, sucederán *per capita* y no *per stirpes*. (F. SCHULZ, *op. cit.*, pág. 211.).

<sup>11</sup> La denominación de “derecho de representación tendrá lugar, por la influencia de las “*Coutumes*” francesas a partir de la Baja Edad Media (A. D’ORS, *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., Pamplona, 1997, pág. 322 n. 3).

<sup>12</sup> La sucesión *in estirpes* supone un efecto lógico de la aplicación del derecho de representación con la cual se pretende evitar que aquellos sujetos que heredan por representación, no reciban más de lo que recibiría su ascendiente, denominado representado, si viviera.

demás *sui* podían ser desheredados sin necesidad de ser designados nominativamente (*inter ceteros*), ya para instituirlos en cuota mayor o menor. Consecuentemente, la preterición producía la nulidad del testamento, dando lugar a su inexistencia desde el primer momento para el supuesto de que el preterido hubiera sido un hijo varón, lo cual llevaría a la apertura de la sucesión abintestato. En el supuesto de que el heredero preterido hubiera sido una hija, un nieto o una nieta, el testamento debería ser rectificado a fin de dar entrada en el mismo al omitido en la cuota abintestato, para el supuesto que concurriera con otros *sui*, o bien en la mitad de la herencia frente a herederos extraños.

## 2. Derecho pretorio

El cambio que el Derecho sucesorio sufrirá en esta nueva etapa no es más que el fruto de la pérdida de la *potestas*, en la que se basaba la familia romana durante el *ius civile*, así como de la importancia que, frente a la agnación, comienza a poseer el vínculo de sangre. Consecuentemente, por razones de equidad y justicia, el Pretor, separándose del derecho civil, en aras de enmendar las injusticias de la ley, va a llevar a cabo ciertas modificaciones introduciendo un nuevo sistema sucesorio más adecuado a las circunstancias. En este sentido, aparece un nuevo llamamiento denominado *bonorum possessio*<sup>13</sup>.

Además, teniendo en cuenta que la emancipación no disminuye el cariño del padre hacia su hijo emancipado, resulta insólito que por este hecho deba sufrir un detrimento en la herencia. Así, se reconoce al hijo emancipado el derecho a recibir la herencia de su padre, a través de la *bonorum possessio unde liberi*

---

<sup>13</sup> En el Derecho Pretorio, el Pretor cuenta con recursos jurisdiccionales a través de los cuales concede la posesión de los bienes de una herencia a determinadas personas, la *bonorum possessio*, la cual “vino a superar las limitaciones formales del antiguo derecho, y a favorecer a los parientes de mera cognación”. Generalmente, el ofrecimiento de los bienes que forman parte de la herencia, se hace a los mismos herederos civiles, pero puede hacerse a otras personas a las que el *ius civile* no llamaba, en cuyo caso la *bonorum possessio* suele ser provisional, en tanto en cuanto, da preferencia al heredero civil que reclame la herencia (“*bonorum possessio sine re*”). Sin embargo, en ciertas ocasiones el Pretor llega a defender al *bonorum possessor* contra el mismo *heres civil* (“*bonorum possessio cum re*”). (Vid. A. D’ORS, *op. cit.*, pág. 316).

El Derecho Pretorio, sin embargo, no supone un cambio radical, pues el derecho civil lejos de ser abolido en su totalidad, convivirá con el *ius honorarium* el cual en ciertas ocasiones modificará el ius civile, en otras suplirá sus deficiencias, y en muchas otras, la *bonorum possessio* irá dirigida a hacer efectivo el derecho civil<sup>14</sup>.

El nuevo llamamiento en la sucesión intestada seguirá, en el Derecho Pretorio, el siguiente orden de preferencia:

1º. “*Unde liberi*”, este primer grupo se corresponde con aquellos que el Derecho anterior consideraba como “*heredes sui*”. Se incluyen también, tal y como se señalaba *supra*, a los hijos legítimos emancipados del difunto o bien que hubieran quedado libres del poder paterno a través de cualquier otra *capitis deminutio*. Se consigue pues, la equiparación entre ambos como fruto de la búsqueda de igualdad sobre la base de la equidad y justicia que se pretende en esta época.<sup>15</sup>

Sin embargo, Por lo que respecta a los emancipados, si bien éstos van a ser llamados a la herencia del *pater familias* en aras al principio de igualdad, el Pretor

---

<sup>14</sup> Todo ello dará lugar, según manifestaciones de P. JÖRS / W. KUNKEL (*op. cit.*, pág. 440), a “*un sistema sucesorio completamente abigarrado, que de una parte se inspira en los principios antiguos de la comunidad familiar y de la agnación, y de otro en el nuevo del parentesco cognaticio y en el vínculo matrimonial. En esencia, se trata de una ordenación que satisfizo en considerable medida las necesidades que el derecho sucesorio estrictamente civil dejaba desatendidas, pero al cual faltaba mucho en claridad orgánica.*”.

<sup>15</sup> Cfr., GAYO. 3, 26. *Nam liberos omnes qui legitimo iure testate parentis mortis tempore fuissent, siue soli sint siue etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.* (En efecto, el pretor llama a la herencia a todos los que carecen de derecho conforme a la ley igual que si hubieran estado bajo la patria potestad de su padre en el momento de la muerte, ya estuvieran solos, ya concurren con los herederos bajo la patria potestad.).

Dentro de los emancipados, llamados en esta etapa por el Pretor, se encuentran no sólo los hijos emancipados del difunto, sino que también se incluyen, su descendencia legítima, en el supuesto de que el emancipado hubiera premuerto, la descendencia legítima que hubiera nacido después de que la emancipación se produjera, los hijos dados en adopción y después emancipados por el adoptante, los hijos tenidos por el causante antes de ser emancipado él y que quedaron bajo la potestad del abuelo. Quedan excluidos los hijos adoptados y luego emancipados por el causante, y los hijos dados en adopción y luego no emancipados (Cfr. GAYO. 2, 136, 137).

entendía que esta igualdad sería injusta por cuanto los hijos que se habían quedado bajo la potestad doméstica, al contrario que los emancipados, no habían podido formar su propio patrimonio y es por ello que se impondrá a éstos últimos el deber de aportar el valor activo de su patrimonio para el cómputo del caudal hereditario, en la medida que éste venga a perjudicar al resto de los *liberi*. Es lo que se denomina *collatio emancipati* y supone los orígenes de lo que hoy en día entendemos por colación.

En defensa de este primer grupo, el Pretor les ofrece durante un año, para el supuesto de que un *liberi* hubiera sido preterido, la *bonorum possessio contra tabulas*. La desheredación debía ser hecha *nominatum* respecto de los descendientes varones, cualquiera que fuese su grado, tan sólo se admitía la *exheredatio inter ceteros* para las mujeres. Si la preterición es de un hijo que se haya bajo su potestad, el testamento será considerado nulo por el pretor quien concederá a todos los herederos llamados por él en la clase *under liberi* la *bonorum possessio intestati*, si es de una hija o unos nietos *sui*, o bien de un emancipado, caerán las instituciones de heredero por cuanto serán consideradas nulas, pero se respetarán las sustituciones pupilares y las desheredaciones así como también, ciertos legados que gravarían proporcionalmente las cuotas de todos los *liberi* que hayan obtenido la *bonorum possessio*.

2º. “*Unde legitimi*”, eran llamados en defecto de los anteriores y se corresponden con los herederos abintestato de la etapa precedente, con lo cual, y siguiendo el mismo orden que en el *ius civile*, el llamamiento sería el siguiente, en primer lugar los “heredes sui”, en segundo lugar, los agnados y por último los gentiles, siendo preferidos los unos a los otros por este mismo orden.

3º. “*Unde cognati*”, figuran dentro de esta clase los parientes consanguíneos del causante por línea masculina y femenina hasta el sexto grado de línea colateral, y hasta el séptimo grado, tan sólo los hijos de bisnietos de los bisabuelos del causante. Los más

próximos en grado excluían a los más remotos y si existían varios parientes del mismo grado, la herencia se dividía por cabezas.<sup>16</sup>

4º. “*Unde vir et uxor*”, en último lugar y en defecto de todos los anteriores, el Pretor concedía la *bonorum possessio* al cónyuge supérstite siempre y cuando el matrimonio hubiera subsistido a la muerte del causante.

Los *liberi*, que formaban la primera clase, eran preferidos a los demás, pero cuando éstos no querían adquirir la *bonorum possessio*, los *legitimi*, que constituían la segunda clase, podían pedir la herencia y después de éstos, los cognados y el cónyuge superviviente sucesivamente; esto se denominaba *successio ordinum*, la cual no era reconocida en el Derecho civil. Asimismo, dentro de los cognados, eran preferidos los más próximos al causante en grado a los más lejanos, pero si los primeros no adquirían la herencia, ésta pasaría a aquellos que se encontraban inmediatamente después, lo cual se denominaba *successio gradum*<sup>17</sup>.

Por lo que respecta al derecho de representación, teniendo en cuenta que las reglas aplicables a la sucesión abintestato de los “*unde liberi*” son las mismas que regían para los *sui*, este derecho será de aplicación únicamente para aquéllos. No obstante, en el supuesto de los emancipados tiene lugar un conflicto, ya que el Pretor entendía justo y adecuado, en caso de concurrencia de emancipados e hijos de éstos, otorgar la *bonorum possessio* a los ascendientes puesto que estaban vivos. Contrariamente, el *ius civile* daba preferencia a los segundos, que deberían representar a sus ascendientes. Dicho conflicto será solventado por la denominada “*nova clausula*

---

<sup>16</sup> En consecuencia, se puede afirmar, tal y como señalan J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET (*op. cit.*, pág. 832), “*El parentesco de sangre penetra por el portillo de este edicto en la sucesión mortis causa abintestato*”.

<sup>17</sup> C. MAYNZ (*Cours de Droit Romain*, t. III, 4ª edic., Bruxelles, 1877, págs.217-219) entiende que esta terminología, usada entre los intérpretes modernos, “*no es conforme al espíritu de la legislación romana, por cuanto dichos términos parecen indicar que hay dos especies de sucesiones, cuando la idea de la sucesión es una (...)*”.

*Iuliari de conjugendis cum emancipato liberis eius*”<sup>18</sup>. Ésta supone, en opinión de Schulz, una excepción establecida por el Edicto al principio de representación, a través de la cual, se otorga al emancipado, la mitad de los bienes y a sus descendientes la otra mitad<sup>19</sup>.

### 3. Derecho imperial

En este periodo, al igual que en el Derecho Pretorio, las reformas llevadas a cabo en la sucesión intestada, no afectarán en su totalidad al Derecho antiguo. Se trata de un periodo de convivencia entre lo anterior y ciertas modificaciones que, llevadas a cabo a través de Senadoconsultos y Constituciones, afectarán a cuestiones muy concretas del Derecho sucesorio.<sup>20</sup>

En el Derecho imperial, época en la que el matrimonio *in manus* comienza a desaparecer, se considera injusta la sucesión existente hasta el momento con respecto a la madre cuyo matrimonio había sido llevado a cabo *sin manus*, ya que en este supuesto la mujer era introducida en el tercer grupo pretorio, es decir, en el *unde cognati*. Para paliar esta situación, considerada como injusta, se crean dos senadoconsultos, el *senatus*

---

<sup>18</sup> Esta cláusula supone una de las reformas llevadas a cabo por el Pretor, quien considerando justo y equitativo que al hijo emancipado del difunto le sea otorgada la “*bonorum possessio*”, crea un conflicto de preferencias habida cuenta que el “*ius civile*” imponía en estos casos que los descendientes más directos del mismo ocupasen su lugar en la herencia del *pater*. El Pretor solventa este problema a través de esta cláusula, y en virtud de la misma, se otorga la “*bonorum possessio*” tanto al emancipado como a sus descendientes correspondiendo una mitad al primero y la otra a los segundos.

<sup>19</sup> F. SCHULZ (*op. cit.*, pág 217 y 218) entiende que, sin lugar a dudas dicha cláusula de Juliano supone una excepción al derecho de representación para lo cual expone el siguiente ejemplo, “*Supongamos que X ha emancipado a su hijo A y retenido bajo su potestas a sus nietos B y C. B y C son sui de X. A, B y C son sus liberi. De acuerdo con el principio de representación (...). Pero conforme a la nueva cláusula, los tres consiguen la bonorum possessio, A por una mitad y B y C por una cuarta parte cada uno (...)*”.

<sup>20</sup> Para J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, “*el Derecho imperial no operó una reforma sistemática de conjunto*”, sino que se limitó a hacer ciertas modificaciones corrigiendo situaciones concretas lo cual llevó a cabo con cierto confusiónismo, por cuanto se realizaron “*dando categoría de herederos civiles a personas ligadas al difunto con parentesco basado en la procreación, no en la potestas, pero, al mismo tiempo, declarando que tales personas sólo serían herederos a falta de otras que no tenían derecho a la hereditas civil, sino solamente a la bonorum possessio, con arreglo al edicto de pretor. Entremezcló así- con una incoherencia en la construcción sistemática reveladora del rango que en la realidad social había adquirido el Derecho sucesorio pretorio- el ius civile, que regía la hereditas, con el ius honorarium, que regulaba la bonorum possessio*”. (Cfr., *op. cit.*, pág. 834).



*consultum Tertullianum*, de la época de Adriano, y el *senatus consultum Orfitianum* que data del año 178, a través de los cuales, la madre heredaría a los hijos y éstos a su madre y por ello se les consideraría dentro de la categoría de *legitimi* siéndoles otorgada la *bonorum possessio unde legitimi*<sup>21</sup>.

Por lo que respecta al primero, el *senatus consultum Tertullianum*, éste concedía a la madre no agnada, esto es, aquella que no se hallaba *in manu* del padre del *de cuius*, el derecho de suceder a sus hijos muertos sin descendencia en la clase de los agnados, siempre y cuando gozara ésta del *ius liberorum*<sup>22</sup>, entrando en la herencia a partes iguales con las hermanas y excluyendo a los demás agnados (de tercer o ulterior grado) si bien se daba preferencia, sobre ella a los *sui*, a los *liberi* y también al padre y a los hermanos del causante.

Contrariamente al anterior, el *senatus consultum Orfitianum*, obra de Marco Aurelio y de Cómodo en el año 178 d. C., estableció la sucesión de los hijos a la madre con preferencia a todos los agnados, suponiendo, al igual que el anterior, el derecho a la herencia civil abintestato a individuos que no forman parte de la familia civil del causante, adentrándose de este modo el principio de consanguinidad en la sucesión frente a la preferencia por la agnaticia.

Este derecho otorgado a los hijos con respecto a su madre se extendió, mediante una Constitución de Teodosio y Arcadio, a favor de otros ascendientes por línea femenina y otra Constitución del emperador Anastasio elevó a los hermanos y hermanas emancipados del *de cuius* a la categoría de herederos civiles, cuando hasta el momento tan sólo eran llamados a la herencia mediante el edicto *unde cognati*, concurriendo así

---

<sup>21</sup> A través de estos Senadoconsultos, se admitió por primera vez acoger a la herencia civil *ab intestato* a personas que no pertenecían a la familia civil del *de cuius*, pues el nexo entre una madre y sus hijos es independiente del matrimonio (*Vid.* P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 6ª edic., París 1918, pág. 863).

<sup>22</sup> Premio concedido a las mujeres que habían tenido tres hijos o cuatro para el supuesto de que fueran *libertas* mediante el cual se les liberaba de la tutela de sus agnados y se les permitía disponer por testamentos. Esto formaba parte de las reformas políticas y sociales del emperador Augusto sobre la legislación del matrimonio, a través de la cual buscaba la regeneración de la población romana así como la detención del descenso de la población de Roma.

con aquellos hermanos que no habían sufrido *capitis deminutio* y por lo tanto no habían dejado de ser considerados agnados del difunto.

#### 4. Derecho justiniano

En esta etapa se produce un gran cambio en lo referente a la concepción de la familia. Así, con la abolición, ya total, de los vínculos agnaticios, la familia civil va a ocupar un segundo plano, teniéndose por principal la cognaticia basada en la sangre. Consecuentemente, habrá en este período un nuevo sistema fundado por entero en el parentesco consanguíneo y que será expuesto principalmente en las Novelas 118<sup>23</sup> y 127, que datan respectivamente de los años 543 y 548. Con éstas Justiniano creará un nuevo sistema de sucesión intestada que supondrá el fin de la dualidad, existente hasta el momento, entre la *hereditas* y la *bonorum possessio* y que, en sus aspectos esenciales, pasará a las legislaciones modernas.

El orden de suceder en Derecho Justiniano, en el que ya no se diferenciaban los distintos sexos, sino que ambos, se encontraban equiparados; será el siguiente:

1. En primer lugar serían llamados a la herencia los descendientes del difunto, sin distinción entre “*sui heredes*” y “*liberi*”. Si éstos no fueran del mismo grado, el más próximo excluiría al más remoto sucediéndose por cabezas, a no ser que el descendiente intermedio hubiera muerto anteriormente. Por lo tanto, el nieto sólo heredaría al abuelo en el caso de que su padre hubiese premuerto, supuesto en el que entraría a funcionar el derecho de representación y la sucesión tendría lugar por stirpes correspondiéndoles a los nietos, hijos del premuerto, la parte que le hubiera correspondido a su padre si viviera.

---

<sup>23</sup> En este sentido, afirma C. MAYNZ (vid., *op. cit.*, pág. 223) que la Novela 118 supone el triunfo de la familia natural.

2. En defecto de los anteriores heredarían el padre, la madre y los demás ascendientes, así como los hermanos germanos, es decir, hermanos de padre y madre, y los hijos de uno de éstos ya fallecido.

Entre los ascendientes, el grado más próximo excluye al más remoto y siendo del mismo grado, la herencia se dividía por mitad entre ambas líneas, paterna y materna, además dentro de cada línea la sucesión tendría lugar por cabezas.

Por lo que respecta a los hermanos germanos, al ser llamados con los padres excluirían a los abuelos quienes acudirían a la herencia tan sólo en defecto de padres y hermanos.

A tenor de lo dispuesto en la Novela 118, los hermanos y hermanas germanos heredaban por cabezas, y en el supuesto de que alguno de ellos hubiera muerto con anterioridad, entraban a ocupar su lugar los hijos, pero no sus ulteriores descendientes, por derecho de representación sucediendo por estirpes en concurrencia con sus tíos. Esta Novela guardaba silencio para el supuesto que los hermanos concurrieran a la herencia con los ascendientes del causante. Será la Novela 127 la que permita la representación en estos casos; de este modo los descendientes de un hermano premuerto no serían excluidos por sus tíos sino que serían llamados a la herencia concurriendo no sólo con éstos, sino también con los ascendientes del causante.

Lo que Justiniano no previó en sus novelas fue el supuesto de que todos los hermanos del causante le hubieran premuerto y tan sólo concurrieran a la herencia los sobrinos, planteándose, de este modo, la cuestión de si éstos heredarían por representación o por derecho propio; si bien esta cuestión será tratada con más detenimiento al exponer el derecho de representación en la línea colateral.

3. Después heredarían los medio hermanos, es decir, los consanguíneos, si lo son sólo por parte de padre, o bien los uterinos, si son hermanos por parte de madre; así como los hijos de los que hubieran muerto con anterioridad. En este supuesto, al igual

que en el de los hermanos germanos, tenía lugar el derecho de representación tan sólo con respecto a los hijos quedando excluidos de este derecho los ulteriores descendientes.

4. En cuarto lugar serían llamados a la herencia del causante los demás parientes colaterales sin límite de grados. Entre ellos regía el principio de proximidad de grado sin posibilidad de que el más remoto pudiera concurrir a la herencia mediante el derecho de representación.

5. Por último y en defecto de todos los anteriores heredaría el cónyuge viudo, el cual sería llamado a la sucesión *ab intestato* del causante en virtud de la antigua disposición del edicto la cual no fue abolida por el nuevo Derecho Justiniano.

Si los sujetos que figuraban en la primera clase no querían o bien no podían adquirir la herencia, se procedía a llamar a los que figuraban en la siguiente clase y así sucesivamente. El mismo principio regía, dentro de cada una de las clases, entre los parientes de grado más próximo y más remoto. En consecuencia y al igual que en el Derecho Pretorio, tendría lugar la denominada *successio ordinum et graduum*.

De lo expuesto se desprende que la *successio in locum*, como era conocido el derecho de representación en Roma, tenía lugar en los tres primeros órdenes sucesorios, aunque no lo hacía del mismo modo. Así, por lo que respecta al primero, entre los descendientes, el derecho de representación actuaba hasta el infinito, sin límite alguno, de modo que comprendía tanto a los hijos como a los nietos y demás descendientes del *de cuius*, quienes heredarían no por cabezas sino por stirpes con la intención de que los mismos no heredasen más de lo que habría heredado su padre si viviera.<sup>24</sup>

Por lo que respecta al derecho de representación en la línea descendente, se pueden distinguir distintos supuestos en los que éste tendría lugar:

---

<sup>24</sup> Cfr. Nov. 118, 1, e Inst. 3.1.6, “una vez admitido que los nietos, nietas, bisnietos y bisnietas suceden en lugar de su padre, ha parecido consiguiente que la herencia se divida no por cabezas, sino por stirpes”.

En primer lugar, señalar el supuesto de que existan varios descendientes de diferente grado, es decir, que concurren a la herencia de su abuelo los nietos, hijos de hijos premuertos del causante, con sus tíos, en cuyo caso no habría discusión al admitir que el derecho de representación tendría lugar hasta el infinito.

El segundo supuesto, supondría la concurrencia de descendientes del mismo grado pero procedentes de distintos autores, es decir, nietos que hayan nacido de hijos premuertos y en número o estirpes distintas. En el presente supuesto, prevalecía la idea de que debería tener aplicación el derecho de representación consiguiendo, de este modo, la igualdad entre las distintas estirpes.

Por lo que respecta a la concurrencia de nietos solos con estirpes formadas por el mismo número de sucesores, se mantuvo aquí la misma solución que en el supuesto anterior. Si bien en la práctica parece ser intrascendente el problema de la aplicación o inaplicación del derecho de representación, ya que la división de los bienes y la cantidad que le correspondería a los descendientes sería la misma independientemente de la solución adoptada, el hecho de que la herencia fuera repartida por cabezas y no por estirpes, supondría el que los nietos hubieran heredado por derecho propio, siendo, por tanto, considerados legitimarios, lo cual influiría a la hora de reducir las disposiciones gratuitas llevadas a cabo por el causante en vida por inoficiosas.

El último supuesto de aplicación del derecho de representación en la línea descendiente sería el de estirpe única, es decir, existencia de nietos provenientes de un solo hijo premuerto. Al respecto se produjeron dos tesis opuestas:

a) Por un lado, se encontraban aquellos que entendían que la representación carecía de aplicación pues no tenía razón de ser por no ser necesario procurar, como en el caso de pluralidad de estirpes, un reparto igualitario.

b) Por el contrario, una segunda tesis entendía que no había razón alguna para que el derecho de representación no se aplicara en la stirpe única puesto que este derecho, además de procurar un reparto igualitario, supone que unos vengán a ocupar el lugar de otros y el hecho de que sólo haya una stirpe no quiere decir que sus miembros no concurren en lugar de su ascendiente.

En lo concerniente a los parientes en línea colateral, sería también de aplicación el derecho de representación tanto para los hermanos germanos, como para los consanguíneos y uterinos, incluyendo siempre los de ambos sexos. En este supuesto, la representación sucesoria no sería ilimitada por cuanto ésta tan sólo tendría lugar a favor de los hijos del hermano premuerto y no de los ulteriores descendientes. De este modo, los hermanos que continuaban vivos no excluían a sus sobrinos de la herencia pudiendo éstos recibir lo que le hubiera correspondido a su padre si viviera. Un segundo límite impuesto para los colaterales sería el de que para que pudiera ser de aplicación el derecho de representación, era necesario que los sobrinos del causante concurriesen a la herencia con algún tío, de modo que si todos los hermanos del causante le hubieran premuerto concurriendo tan sólo sobrinos, el derecho de representación no tendría lugar y estos últimos heredarían por derecho propio y en consecuencia por cabezas y no por stirpes<sup>25</sup>.

Otra novedad impuesta por Justiniano es la aparición de la denominada sucesión forzosa material. Hasta la época ésta era puramente formal, pues a pesar de que se defendieran los derechos hereditarios de los hijos preteridos, no se impedía la

---

<sup>25</sup> La posible exigencia de concurrencia de los sobrinos del causante con algún hermano del mismo para que el derecho de representación pudiera tener lugar en la línea colateral suscitó una gran polémica histórica. Esta discusión, comenzada por Azo, que apoyaba la idea de que si tan sólo había sobrinos, éstos deberían suceder *“iure proprio”*, y en consecuencia, la división de la herencia tendría lugar por cabezas, y Acursio, el cual, por el contrario, era partidario de que una vez más tuviera lugar el derecho de representación repartiéndose la herencia por stirpes; tenía sus orígenes en la distinta interpretación que ambos otorgaron a la partícula *“Sed”* que se encontraba en un precepto de Justiniano. En concreto, se trata de la Novela 118, la cual, en su Capítulo III, entendió Acursio, que sólo confería la delación representativa a los hijos de hermanos en concurrencia con sus tíos y seguidamente se decía: *“(…) Sed et ipsis fratribus filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis iudicantur tibiis masculis et feminis, sive paterni sive materni sint”*.

desheredación injustificada sin serles reservada una porción de bienes determinada en concepto de sucesión forzosa; Justiniano fundió este tipo de sucesión con la que se reserva una cuota legítima de la herencia.

Por lo que respecta a la desheredación, se siguió exigiendo la forma *nominatum*, si bien, ésta será requerida tanto para los hijos varones como para las mujeres desapareciendo la forma *inter ceteros* y como consecuencia, la preterición en esta etapa de un *suus* varón o hembra, vivo o póstumo, será causa de invalidez del testamento en el que son instituidos los herederos ab intestato.

### III. DERECHO GERMÁNICO

En materia de sucesiones, el *Derecho germánico* era un derecho de familia.<sup>26</sup> Por lo tanto, es preciso hacer alusión a la organización familiar de los pueblos germánicos, ya que las variaciones que irá sufriendo a lo largo de los años darán lugar de forma paralela a modificaciones en el Derecho sucesorio, que se irá desarrollando a medida que lo vaya haciendo la familia.

La organización familiar de los pueblos germánicos deriva de la constitución de familia patriarcal, que supone el punto de partida del derecho indoeuropeo. En efecto, los caracteres de la antigua familia indoeuropea parecen haberse conservado en el *Derecho germánico*. Se trataba de una familia en el sentido amplio, en la que los descendientes de un hombre continuaban unidos por la comunidad de habitación mientras vivía el padre del linaje y éste se encontraba en condiciones de ejercer el poder doméstico. Sin embargo, esta idea de familia en sentido amplio, dueña de un patrimonio

---

<sup>26</sup> En este sentido apuntan H. BRUNNER/V. SCHWERIN (*Historia del Derecho germánico*, trad. de la 8ª edición alemana por J. L. Álvarez López, Barcelona, 1936, pág. 237). que “los herederos eran natos, no elegidos, en la medida que según algunos Derechos no se podía sustituir el parentesco de sangre mediante adopción. Las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas”.

familiar colectivo, que imperaba en los pueblos indoeuropeos, irá escindiéndose en grupos más pequeños cuando los hijos, al casarse formaban otro hogar.<sup>27</sup>

## 1. Época antigua

En la época primitiva del *Derecho germánico*, la falta de la idea de propiedad individual conlleva a la imposibilidad de hablar de la existencia de un derecho sucesorio en sí, entendiendo por tal una pretensión individual sobre la herencia o sobre un patrimonio ajeno.<sup>28</sup>

Así, el patrimonio pertenecía a la denominada comunidad familiar o comunidad doméstica (*Hausgemeinschaft*). La idea de la casa se basaba en la potestad del señor denominada *munt*, quien la ejercía sobre todos los que se encontraban vinculados a la misma, es decir, mujer, hijos, hermanas solteras o viudas y criados. Sin embargo, esta potestad o *munt* ejercida por el señor de la casa, nada tenía que ver con los derechos sobre las cosas, pues éste, tan sólo tenía la propiedad sobre los criados no libres<sup>29</sup>. Por lo tanto, la mujer y los hijos, incluso encontrándose bajo la *manus* del señor, eran personas libres, miembros de la *Sippe*<sup>30</sup> en la que la casa se encontraba encuadrada,

---

<sup>27</sup> Cfr. L. GARCÍA VALDEAVELLANO, *La Comunidad Patrimonial de la Familia en el Derecho Español Medieval*, t. III, núm. 1 Salamanca 1956, pág. 16.) manifiesta que este era por lo general el tipo de familia germánica.

<sup>28</sup> Tan sólo formaban parte del patrimonio separado de un individuo sus objetos de uso personal, entendiendo por tal, el atuendo de guerra (*Heergewäte*) en el caso del marido, el cual incluía vestidos, armas, caballo y para la mujer los vestidos y adornos (*Gerade*). Dichos objetos eran enterrados en la tumba con sus propietarios hasta la época franca en la que, debido a la influencia de la Iglesia, desaparecerá esta costumbre, de modo que el atuendo de guerra será deferido a los hijos o a los más próximos parientes de espada del marido y la *Gerade* a los más próximos parientes femeninos de la mujer, siempre y cuando, el causante no hubiera dispuesto de ello conforme a Derecho.(Cfr. H. PLANITZ, *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. de la 3ª edic. alemana por C. Melón Infante, Barcelona, 1957, pág.343).

<sup>29</sup> La potestad o *munt* del señor de la casa en el *Derecho germánico*, supone un poder análogo a la “*manus*” que ejercía el *pater familias* en el *Derecho romano*.

<sup>30</sup> La *Sippe* estaba formada por todos aquellos hombres y mujeres que habían sido engendrados por un padre troncal común en virtud del principio de agnación. Por lo que respecta al padre, ésta estaba formada por aquellos hijos nacidos de un matrimonio legítimo y acogidos por él, como padre, en la casa; por lo que respecta a la mujer, en este caso, también formaban parte de la *Sippe* su descendencia ilegítima.



hasta tal punto que podían encontrar en ella la protección necesaria ante los posibles actos arbitrarios del señor.

Por lo que respecta a la administración del patrimonio, el padre lo administraba y aprovechaba, ya que le era atribuido su derecho de disfrute; si bien, teniendo en cuenta que los bienes pertenecían, en régimen de propiedad colectiva a la casa (*Gesammtehand*), el padre sólo gozaba de una tenencia vitalicia (*Gewere*), pues, tal y como se dispuso en líneas anteriores, era desconocido el derecho de propiedad individual<sup>31</sup>.

Así pues, el padre o señor sólo podía disponer del patrimonio con el consentimiento y cooperación de los hijos, incluso para disponer del suyo propio, se encontraba entorpecido por los derechos de expectativa de los más próximos herederos.<sup>32</sup>

En consecuencia, a la muerte de un miembro de la casa el patrimonio acrecía al resto de los comuneros; lo mismo ocurría si el fallecido era el señor de la casa, asumiendo su hijo, en este caso, la potestad doméstica. El patrimonio tenía que quedar en la comunidad doméstica, a no ser que ésta se hubiere extinguido, en cuyo caso, el

---

Además, mediante lo que se denominaba otorgamiento o atribución de linaje (*Geschlechtsleite*), también podían llegar a formar parte de la misma, personas libres que no eran parientes de sangre.

<sup>31</sup> En este sentido, apunta L. GARCÍA VALDEAVELLANO, (*op. cit.*, págs. 20, 21). que la propiedad familiar de las comunidades domésticas de los germanos fue lo que los germanistas denominan una propiedad mancomunada o en “*mancomún*”, de modo que todos aquellos que participaban de la comunidad doméstica tenían un derecho real conjunto sobre el patrimonio familiar, el cual persistía cuando el padre moría y cuyo fundamento se basa en dos principios esenciales, a saber, el principio de que ninguno de los titulares de dicho derecho podía disponer total o parcialmente del patrimonio común, ya sea por un acto *inter vivos*, ya *mortis causa*, puesto que era necesario que todos actuaran reunidos y con “*mano común*”. El segundo principio era el de que el caudal relicto correspondiente a uno de los comuneros acrecía a la muerte de éste, al resto de los comuneros.

<sup>32</sup> En virtud de los derechos de expectativa de los herederos, el patrimonio doméstico quedaba vinculado hasta tal extremo que tan sólo era posible disponer del mismo con el asentimiento de dichos herederos. Sin embargo, estos derechos de expectativa, que otorgaban seguridad a la pretensión sucesoria desaparecerán durante la Próxima Edad Media por lo que, en aras a otorgar una garantía a los herederos, se aceptó el Derecho Hereditario Forzoso de Roma, si bien sólo fue aceptado desde el punto de vista material. por lo tanto no existió en el *Derecho germánico* una obligación de nombrar expresamente en el testamento a los herederos, sino que, se otorgó a los herederos una cuota de la porción hereditaria legítima de las que no se les podía privar, en tanto en cuanto, dicha porción les era otorgada por la Ley como sucesores *ab intestato*.

patrimonio revestiría a la *Sippe*, que realmente era la verdadera titular de los bienes de la Casa, a la cual repartía periódicamente las tierras para que los miembros de la misma las disfrutaran.

En esta etapa, el cómputo de parentesco tenía lugar a través del denominado círculo parental, esencial en los primeros tiempos, y que supone el inicio de lo que más tarde llegará a ser el famoso sistema de parentelas imperante en el *Derecho germánico*<sup>33</sup>.

El citado círculo parental estaba compuesto por los parientes de sangre incluyéndose en el mismo, aquellos parientes de sangre que procedían de la línea materna. Además, se podía distinguir el círculo estricto y el amplio. Por lo que respecta al primero, éste estaba formado por los hijos del señor de la casa, incluyendo ambos sexos; el padre y la madre y por último el hermano y la hermana. Esto era lo que se denominaba “*las seis manos más vinculadas en la Sippe*”. En este círculo estricto no se incluía a la mujer ni los demás descendientes.

En un principio, consecuencia del principio de que los bienes constituían un patrimonio doméstico vinculado al círculo de la casa, la ordenación de la sucesión legítima tan sólo tenía lugar sobre los parientes citados *supra*<sup>34</sup>.

Con la superación, dentro del círculo estricto, de la propiedad en mano común, se llegará a un orden de sucesión que, tan sólo tendrá lugar respecto al caudal relicto

---

<sup>33</sup> El sistema de cómputo de parentesco denominado de círculos parentales constituyó el modo primitivo de computación, el cual, posteriormente derivó en el sistema de parentelas. Su vigencia perduró hasta la Edad Media, momento en el que fue transformado debido a la modificación de la organización familiar en la que la familia particular o familia en sentido estricto, la cual se apoyaba en la comunidad patrimonial, pasó a cobrar especial relevancia. Sin embargo, el antiguo sistema de computación por círculos parentales existió todavía en la Edad Media en los Derechos frisio y sajón. En este sentido, H. PLANITZ (*op. cit.*, pág. 282) señala que también en los Derechos germánicos del Norte tuvo lugar el sistema de círculos parentales el cual operó en todos aquellos Derechos que se mantuvieron fieles a la situación antigua del modo más conservador.

<sup>34</sup> H. PLANITZ, *op. cit.*, pág. 347.

mueble, en tanto en cuanto, los bienes inmuebles tan sólo se transmitían por herencia a los hijos varones, y que será el siguiente: hijo, hija, padre, madre, hermano, hermana.

## 2. Período Franco

El Periodo Franco constituye una época de modificaciones debido, en primer lugar, a que el patrimonio, que hasta el momento había sido considerado como un patrimonio doméstico, en mano común, comienza a descomponerse en masas patrimoniales singulares.<sup>35</sup>

Además se puede observar que en esta etapa aparece un atisbo del derecho de representación, por cuanto, los nietos, hijos de los hijos premuertos del causante, serán llamados a la herencia de su abuelo concurriendo a la misma conjuntamente con sus tíos, y por lo tanto, en este supuesto, pasan a ocupar un lugar en el círculo estricto del que hasta ahora no formaban parte.

Es por tanto en esta época cuando la propiedad doméstica comienza a perder su importancia, pasándose por lo tanto al círculo amplio, aunque tan sólo para el supuesto de que se hubiera agotado el círculo estricto y tan sólo, en un principio, para el caudal relicto mueble, pues en lo relativo a los bienes inmuebles, todavía en el Derecho Franco recaía sobre ellos el derecho de reversión de la *Sippe*.

## 3. Edad Media

Con la Edad Media, las modificaciones sufridas por el Derecho Sucesorio serán todavía mayores que en el periodo franco.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> La agrupación del caudal relicto en masas patrimoniales singulares hace imposible la subsistencia de la personalidad jurídica del causante al igual que sucedía en el Derecho Sucesorio romano. En el Derecho germánico, a pesar de la agrupación en masas singulares la sucesión tenía lugar en conjuntos patrimoniales por lo que se puede afirmar que se trata de una sucesión universal. (Vid., H. PLANITZ, *op. cit.*, pág. 344).

<sup>36</sup> La recepción del Derecho romano no va a introducir nada que sea fundamentalmente nuevo, de tal modo que, a pesar de que, durante esta etapa, fuera admitida, en el Derecho Sucesorio alemán, la sucesión

A pesar de que los Derechos Sajón y Frisio siguieron fieles a los principios antiguos, ya que el círculo estricto sigue colocándose con preferencia al amplio y la sucesión hereditaria es regulada conforme a la computación por círculos parentales,<sup>37</sup> sin embargo, será común a todos los sistemas, la disolución del círculo estricto.

Consecuentemente, lo decisivo en esta etapa será la familia particular o en sentido estricto (padre, madre e hijos), con lo que los descendientes cobrarán preferencia sobre los ascendientes y colaterales. De este modo los nietos y bisnietos serán preferidos antes que los padres y hermanos, dando lugar al abandono de la sucesión conforme al sistema de círculos parentales, que será sustituido por el denominado orden de parentelas. En virtud del mismo, la herencia pasará en primer lugar a los descendientes más próximos del causante, con lo que los hijos y demás descendientes serán los que constituyan la primera parentela, en segundo lugar, la herencia pasará a los descendientes de los padres, con lo que, éstos y sus descendientes (padres, hermanos, sobrinos y sobrinas, etc., del causante) son los que formarán la segunda parentela, a continuación pasa a la descendencia de los abuelos (los abuelos y sus descendientes forman la tercera parentela) y así sucesivamente. Los parientes de una parentela más próxima, excluyen a los parientes de parentelas más lejanas, y a su vez, dentro de una misma parentela, los parientes más próximos a la pareja de padres, excluyen a los más lejanos.

En este periodo aparece el denominado “*derecho de entrada*” (*Eintrittsrecht*). A través del mismo, se conseguirán efectos análogos a los de la representación si bien este derecho se admitirá, en un principio, tan sólo en la primera parentela en la que los nietos, hijos de un hijo prefallecido del causante, concurrirán, con sus tíos, a la herencia

---

hereditaria voluntaria bien por testamento, bien mediante un contrato sucesorio, ésta constituirá siempre una excepción, de tal manera que la regla general será la de la sucesión hereditaria legítima, la cual se apoya en el parentesco, por lo que no podrá fundamentarse en la voluntad presunta del causante. Además, el hecho de que el patrimonio fuera ahora transmitido por herencia como un todo, ello no supone una continuación unitaria de la personalidad del causante y en consecuencia, el postulado de Derecho romano *nemo pro parte testatus pro parte intestatus* será repudiado pudiendo coexistir, en el Derecho germánico, la sucesión hereditaria legítima y la voluntaria. (H. PLANITZ, *op. cit.*, pág. 346).

<sup>37</sup> Cfr. H. PLANITZ, *op. cit.*, pág. 349.

de su abuelo. Este derecho de entrada se extendió gradualmente a la segunda parentela, en donde los sobrinos del causante serían llamados a la herencia con sus tíos, si bien esto fue muy discutido. A pesar de que esta figura se asemeja un tanto al derecho de representación, la partición continuó llevándose a cabo “*per capita*” y no por estirpes, que es la que procedería si el efecto fuera representativo<sup>38</sup>.

Junto a este sistema de ordenación sucesoria, pueden citarse también otros existentes en virtud de las peculiaridades de los respectivos derechos medievales:

1. Algunos derechos regulan la sucesión conforme al sistema de las tres líneas, en virtud del cual la herencia seguiría el orden de los descendientes, en primer lugar, ascendientes en segundo y por último los colaterales. Este sistema es el que imperó en aquellos regímenes que guardaban una mayor conexión con el *Derecho romano*.

2. Otros, basándose en la idea de que “el patrimonio discurre como la sangre”, “la herencia baja, no sube”, excluían a los ascendientes de la sucesión hereditaria, ya fuera del todo o por lo menos con respecto a los bienes inmuebles.

3. En tercer lugar, había ciertos Derechos que otorgaban a los hermanos un rango preferente con respecto a sus padres, especialmente, en el supuesto de que el causante y sus hermanos se encontraran económicamente independizados de sus ascendientes.

4. Algunos, ante la falta de descendientes, dividían el caudal relicto por mitad, correspondiendo, una de las mitades a los parientes paternos, y la otra a los maternos (Derecho Franco).

5. En los Derechos Frisio, Franco y Suizo, existía el denominado “derecho de recaída” para las fincas adquiridas por herencia.

---

<sup>38</sup>De esta partición llevada a cabo por cabezas es de donde se deriva el aforismo “*Soviel Mund, soviel Pfund*” (“*Tantas bocas tantas partes*”). (H. PLANITZ Vid., *op. cit.*, pág. 350)

6. En ciertos Derechos, ante la falta de descendientes y ascendientes, los bienes hereditarios revertían a la parte del parentesco de la que procedían, “*paterna paternis, materna maternis*”, “El bien hereditario recorre de nuevo el camino por el que ha llegado” (*Erbgut geht wieder den Weg, daher es gekommen*).

Dentro de la delación sucesoria normal, continuaba existiendo la postergación de la mujer con respecto al hombre, ya que ciertos Derechos daban preferencia a los parientes paternos. No obstante, dicha postergación comienza a desaparecer, y el Espejo de Sajonia mantendrá esta preferencia tan sólo para el círculo estricto; además, en las ciudades, a partir del siglo XIV, las hijas se irán equiparando a los hijos.

Por otro lado, el vínculo sencillo fue pospuesto al doble y además se marcó, en todos los derechos medievales, el límite de la sucesión en el 7º grado de parentesco.

#### 4. Época Moderna

Es en esta etapa, la influencia que el *Derecho romano* venía ejerciendo da lugar a que el Derecho sucesorio intestado romano se convierta en Derecho común germánico. En consecuencia, serán herederos de primera clase los descendientes, de segunda los ascendientes, los hermanos de doble vínculo y sus hijos, de tercera los hermanos de vínculo sencillo y sus hijos, y de cuarta los parientes restantes, teniendo en cuenta, en todo momento, la proximidad de grado<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Este orden de sucesión, instaurado por el nuevo Derecho común germánico, sólo ha regido en algunos derechos particulares del sur y del oeste de Alemania, pues en la mayoría ha sido modificado, sobre todo en lo relativo a la segunda clase de herederos, por medio de la inclusión del resto de los descendientes y la desconexión de los ascendientes más lejanos con relación a la segunda parentela. Progresivamente y siguiendo el Derecho común sajón, se configuró el sistema de las tres líneas, de modo que, atendiendo a la proximidad de grado, eran llamados, en primer lugar los descendientes, después los ascendientes, en defecto de los mismos todos los hermanos germanos así como los de vínculo sencillo y los hijos de hermanos, por último serán llamados los demás parientes colaterales (H. PLANITZ, *op. cit.*, pág. 351).

Así pues, será en la época moderna donde se introduzca el derecho de representación conforme el modelo romano, que tendrá lugar incluso en la segunda clase de herederos.

Por lo que respecta a la representación sucesoria en sí, el *Derecho germánico*, al contrario de lo que ocurría en Roma, no contó nunca con un concepto unitario de la misma, si bien, y pese a su rebeldía por admitir dicho concepto, la evolución seguida del influjo que el Derecho romano ejerció en los derechos medievales, dio lugar a la admisión de formas especiales de vocación hereditaria en las cuales se conseguían los efectos representativos.<sup>40</sup>

En base a ello, resulta curioso, como apunta MARTÍNEZ CALCERRADA, que este Derecho pueda llegar a obtener resultados que lleguen a coincidir aunque no en su totalidad, con la figura representativa en Roma, ya que aquél, tanto en lo que concierne a la devolución de la sucesión abintestato como al cómputo de parentesco, se basa en el sistema de parentelas tan distinto a la afección presunta del causante como al principio de proximidad en grado que reinaban en el *Derecho romano*.

DE LA OLIVA DE CASTRO<sup>41</sup>, siguiendo el esquema de FICKER, expone las siguientes formas especiales de vocación representativa surgidas en los derechos medievales. Éstas, fruto de la ausencia de un concepto unitario al respecto en el Derecho germánico, se limitan tan sólo a uno o varios de los elementos integrantes del concepto de representación imperante en Roma:

---

<sup>40</sup> Esta ausencia de un concepto unitario de la representación sucesoria va a influir notoriamente en aquellos derechos medievales de inspiración germánica, en los que se admitirán formas especiales de vocación representativa que se limitan sólo a uno o varios de los elementos integrantes de la representación existente en Roma, con lo que cada uno de ellos podría corresponder a un tipo particular de representación con autonomía propia, (A. DE LA OLIVA DE CASTRO, *Diccionario de Derecho Privado*, AA. VV.(dir., I. DE CASSO Y ROMERO / CERVERA / JIMÉNEZ-ALFARO), t. I Barcelona, reimpresión 1954, pág. 1493.).

<sup>41</sup> Cfr. A. DE LA OLIVA DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 1493.

La primera forma, tratada con anterioridad, es la que FICKER denomina “Derecho de entrada”. A través del mismo, se permite la concurrencia a la sucesión de un pariente más lejano con otros más próximos al *de cuius*, con lo que se produce la entrada de un heredero más lejano en el grupo sucesorio más próximo, la cual en un principio tan sólo podía tener lugar en la primera parentela si bien con posterioridad pasó a tener aplicación en la segunda. Este derecho de entrada o *Eintrittsrecht* determina el hecho de que los sobrinos, hijos de hermanos prefallecidos sean llamados a suceder con los hermanos que todavía viven, es decir, se les reconoce preferencia a éstos con respecto a los tíos en la posición y porción que correspondería a sus padres si siguieran vivos. En el supuesto de inexistencia de hermanos, no habría lugar al derecho de entrada, consecuentemente, no habrá lugar a la preferencia de los sobrinos de modo que, por ejemplo, si no existen hermanos del *de cuius*, los sobrinos gozarán de los mismos derechos que sus tíos si existieran y heredaran solos, contrariamente a los que sucedería sobre la base de un concepto unitario de representación, en cuyo caso, tendrían aquéllos preferencia en la sucesión.

La segunda “forma representativa”, si bien puede tener lugar con el derecho de entrada, nada impide que actúe con independencia del mismo. Ésta supone el que ciertos herederos gocen de la misma preferencia que gozaba su ascendiente premuerto. FICKER la llama *Vorfolgerecht* (“Derecho de preferencia sucesoria”), a través del cual, los sobrinos son llamados inmediatamente después de los hermanos del causante, en su representación, con preferencia con respecto a sus tíos.

Por último, la tercera de las formas representativas es aquella que da lugar a la partición por estirpes, lo cual denominaba FICKER *Stammrecht* o *Stammteilung*. Esta podía ligarse a las dos anteriores, pero también cabría la posibilidad de un *Eintrittsrecht* o un *Vorfolgerecht*, donde la división de la herencia tuviera lugar por cabezas, o bien, que un *Stammrecht* fuera independiente de cualquier derecho de entrada o de preferencia sucesoria.



## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL. DEL FUERO JUZGO AL CÓDIGO CIVIL**

#### **I. EL FUERO JUZGO**

El Fuero Juzgo, nuestro primer gran texto legal, otorgado por el pueblo visigodo, mantiene constantes los contactos que, por primera vez, se producen entre el Derecho romano y el germánico<sup>42</sup>.

Para la elaboración de este código, los seguidores de Eurico y Alarico, modificando y uniendo lo pasado con lo nuevo, se basaron en la Lex wisigothorum y en la Lex romana, con lo que el Fuero Juzgo cuenta como fuentes con el Derecho romano antijustiniano, las Costumbres godas, las leyes de Eurico y Alarico, y los cánones conciliares. Su importancia fue de tal índole, que la observancia del mismo, se extendió, incluso tras la invasión, por otros reinos a parte del de Castilla, si bien a partir del siglo XIII, comenzó a ser considerado como derecho antiguo y supletorio.

El Derecho de Sucesiones fue regulado por el Fuero Juzgo en su libro IV, que al igual que el Derecho romano, estableció que la sucesión legítima sólo podía tener lugar en defecto de la testamentaria, en tanto en cuanto aquella era supletoria de esta última.<sup>43</sup> Asimismo, dicha sucesión fue sometida a un riguroso orden de llamamientos rigiéndose por los principios de legitimidad y mayor proximidad de parentesco. En este sentido,

---

<sup>42</sup> En este sentido, señala F. DE CASTRO Y BRAVO (*Derecho Civil de España*, parte general, tomo I, Valladolid, s. f., págs. 105 y 106) que “Las corrientes jurídicas germánica y romana aparecen así por primera vez, fundidas en un nuevo Derecho en la tentativa de realizar la unidad nacional. (...)”.

<sup>43</sup> En cuanto a las relaciones del Fuero Juzgo con el *Derecho romano* D. ALCALDE PRIETO (*Introducción al Derecho Civil Español*, Valladolid, 1889, pág. 119) afirma que, en lo relativo a la sucesión intestada, los llamamientos que se llevan a cabo coinciden con los establecidos por Justiniano en su día, si bien, se diferencian en que en el Fuero, no se admite el derecho de representación, ni se menciona la descendencia ilegítima, así como en que tras el séptimo grado de colaterales llama al cónyuge supérstite, y en caso de que se trate de un monje o clérigo será llamado su monasterio o iglesia. Además, apunta también este autor que en cuanto a la reserva de bienes, ésta se establece con una mayor latitud que la legislación romana.

siguiendo este orden de llamamientos, la herencia era deferida en primer lugar a la línea descendiente, incluyéndose ésta en todos sus grados de hijos, nietos, bisnietos, etc., y distinguiendo, a su vez, los que eran de padre y madre de los que tan sólo lo eran de padre o de madre, sucediendo, éstos últimos, sólo en la herencia materna o paterna; en su defecto, el llamamiento iba dirigido a la ascendiente<sup>44</sup>. No habiendo descendientes ni ascendientes, eran llamados los parientes pertenecientes a la línea colateral, cuya sucesión, no podía pasar del séptimo grado.<sup>45</sup> Por último, y en defecto de todos los anteriores era llamado el cónyuge superviviente.<sup>46</sup>

Por lo que respecta al derecho de representación sucesoria, no existe un acuerdo doctrinal al tratar su admisión, por parte del presente Fuero, en la línea recta descendente<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> F.J., Ley II, Título II, Libro IV. “*Que los fijos deven eredar primeramente en la buena del padre.*

*En la heredad del padre vienen los fijos primeramente. E si non oviere fijos, dévenlo aver los nietos; é si non oviere nietos, dévenlo aver los bisnietos. En si non oviere fijos, ni nietos, ni padre, ni madre, dévenlo aver los abuelos.*” (Vid., *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. I, 2ª ed., Madrid 1872, pág. 135).

<sup>45</sup> F.J., Ley VII, Título I, Libro IV. “*Del séptimo grado.*

*En el séptimo grado viene de suso el sexâvuelo é la sexâvuela de parte del padre é de parte de la madre: é de yuso el sexto nieto é la sextanieta. De travieso el quadrinieta é la quadrinieta del tio é de la tia de parte del padre é de la madre, hy el hemano é la hermana del quadravuelo é de la quadravuela de parte del padre é de parte de la madre. E por ende fueron fallados VII grados, é non mas, porque daqui adelante non puede omne fallar nombres, ni los omnes non son de tan luenga vida que puedan aver mas nietos nin mas linage en sua vida”.*

<sup>46</sup> F.J., Ley XI, Título II, Libro IV. “*Del eredamiento del marido é de la muier.*

*El marido deve aver la buena de la muier é la muier debe aver la buena del marido quando non ay otro pariente fasta séptimo grado.*” (Vid., *Los Códigos (...), cit.*, pág. 135).

NICASIO LÓPEZ R. GÓMEZ (*Tratado teórico legal del Derecho de Sucesiones*, tomo II, 3ª ed., Madrid, 1916, pág. 11) resalta una particularidad de este Fuero contenida en la Ley 11 del título II, libro IV, consistente en el llamamiento supletorio para la sucesión de los clérigos, monjes o monjas, que en el supuesto de no tener parientes en línea colateral dentro del séptimo grado, serían sucedidos por la iglesia o convento en el que se hallaran.

<sup>47</sup> La doctrina es unánime, sin embargo, a la hora de tratar la representación sucesoria en la línea ascendente. En este sentido, los autores españoles estiman que, con respecto a los familiares ascendentes, el derecho de representación carece de eficacia alguna, a lo cual J. Mª MANRESA Y NAVARRO (*Comentarios al Código civil español*, t. VII, 6ª ed., revisada por F. Bonet Ramón, Madrid, Reus, 1943, pág. 86) añade que es lógico en tanto en cuanto el mismo no era admitido ni para los nietos en el Fuero Juzgo.

Al respecto, un grupo de autores afirman la existencia del mismo en la línea recta descendente. Parten para ello de la idea de que el Fuero Juzgo estaba influenciado por una serie de cuerpos jurídicos anteriores en los que este derecho se encontraba ya regulado.<sup>48</sup>

Así, MARTÍNEZ CALCERRADA favorable a la existencia de la representación sucesoria en línea recta descendente alude al Libro IV, Título II, Ley XVIII del Fuero Juzgo en tanto ésta establece que: “(...) *establecemos que aquel que nasce non debe aver la buena de los padres, fueras si después que fuere nascido recibiere bautismo e visquiere X dias (...)*”. Así manifiesta que bastando para suceder en todos los derechos del padre que el recién nacido fuera bautizado y viviera diez días, habiendo reunido estas circunstancias podía el nacido asumir la cualidad representativa. Hace también alusión a la Ley IV, Título V del Libro IV, en la que se admitía el derecho de representación, ya que de la misma se obtienen las siguientes consecuencias: por un lado que a falta de descendientes suceden al hermano causante sus otros hermanos y, por otro lado, que en la herencia del abuelo, se admite expresamente el concurso de sobrinos y tíos, lo cual supone sin lugar a dudas, admitir el juego de la representación sucesoria.<sup>49</sup>

Por el contrario, otro sector doctrinal niega la existencia de dicho derecho en tanto en cuanto, a pesar de que la Ley II, Título II del Libro IV, llame a la herencia a los nietos del causante en defecto de sus hijos, nada dice acerca de la distribución de la

---

<sup>48</sup> Cfr. B. GUTIERREZ FERNANDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho Civil español*, III, 3ª ed., Madrid, 1871, pág. 601; F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, Zaragoza, 1974, pág. 396.

<sup>49</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *La representación en el Derecho sucesorio*, Pamplona, Aranzadi, 1966, págs. 67 y 68. Añade este autor que el derecho de representación también se reconocía en la Ley IV, Título V del Libro IV que establecía: “(...) *E si la mulier ovo fijos de muchos maridos, los hermanos que son dum padre e duna madre deven aver la buena de los hermanos que mueren sin fabla, si non a fijos o nietos, assi en la heredad que es de parte del padre, memo en lo que es de parte de la madre; en tal manera que los fijos de los hermanos o las hermanas que son muertos vengán con sus tíos igualmente a la buena de los avuelos e de las avuelas, asii cuemo es dicho en la ley de suso*”.

herencia por estirpes, lo que lleva a pensar que el derecho de representación no era permitido por el Fuero Juzgo<sup>50</sup>.

Por lo que respecta a los parientes de línea colateral, la posibilidad de que el derecho de representación sea de aplicación entre los mismos es negativa ya que el Fuero Juzgo no hace referencia en ningún momento a la ello<sup>51</sup>. En este sentido añade MARTÍNEZ CALCERRADA, que ello no se debe sólo a que la Ley 8ª se limite a decir que si sólo heredan sobrinos al tío causante la partición se hace por cabezas, pues la partición por estirpes no es siempre requisito *sine qua non* de la representación; sino que también se debe a que el Fuero Juzgo proclama el principio de preferencia de grado tanto en la línea recta ascendente como en la colateral (Leyes 2ª y 3ª) siendo este incompatible con la representación sucesoria. Además, en la Ley 4ª del Título V, Libro IV, se establece que a falta de descendientes heredarán al hermano causante sus hermanos vivos, sin admitir la concurrencia con sobrinos y sobre todo, que el espíritu visigodo en el Fuero Juzgo era opuesto al reconocimiento del derecho de representación sucesoria en la línea colateral.<sup>52</sup>

## II. EL FUERO VIEJO DE CASTILLA

Este Fuero, cuya fecha de elaboración se desconoce, y que ha sufrido numerosos aumentos y variaciones desde su primera formación hasta la última Recopilación de los Fueros Castellanos, llevada a cabo por el rey don Pedro en 1356, no logró mantenerse vivo más allá del siglo XIV, siguiente al de su publicación. Además, el Derecho de

---

<sup>50</sup> Comparten esta opinión autores como J. M. MANRESA (*op. cit.*, pág. 86) afirmando que si bien este derecho no era admitido, ni aún en la línea descendente por el Fuero Juzgo, lo cual era conforme con “el poco favor con que siempre miraron los pueblos germanos el derecho de representación (...)”. También D. ALCALDE PRIETO (*op. cit.*, pág. 119) niega la existencia del derecho de representación en el Fuero Juzgo, el cual, a pesar de seguir a Justiniano en la regulación del orden de llamamientos a la herencia, sin embargo, no concedía este derecho. Por su parte, N. LÓPEZ R. GÓMEZ (*op. cit.*, pág. 11), al exponer que el derecho de representación se estableció, con respecto a los descendientes, por vez primera con el Fuero Real, niega implícitamente que en la época del Fuero Juzgo, fuera de aplicación la representación sucesoria.

<sup>51</sup> Al respecto, afirma F. GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, pág. 396) que ni el Fuero Juzgo ni el Real admitían el derecho de representación entre los parientes de línea colateral.

<sup>52</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 68 y 69.

Castilla no llegó a extenderse a otros territorios por lo que éste fue poco a poco olvidado y sustituido por otras normas.

El ámbito reducido que la presente obra otorgó a la sucesión hereditaria trajo consigo el que numerosas cuestiones relativas a la misma quedasen fuera de su regulación. Del mismo modo, la escueta regulación que el Fuero otorgó a las sucesiones influyó en el estudio de la posible aplicabilidad del derecho de representación a las distintas líneas familiares. En este sentido, si bien, es sabido, que en la época de la Reconquista se otorgaba preferencia, en el llamamiento a la herencia intestada, a los descendientes legítimos sobre los ascendientes, nada se dice acerca del derecho de representación a favor de los nietos y descendientes ulteriores<sup>53</sup>.

En lo relativo a la sucesión de parientes que se encuentran en la línea colateral, este Fuero reguló la posibilidad de que los sobrinos, hijos de hermanos del causante le heredaran<sup>54</sup>. Sin embargo, nada se dice a propósito de la representación entre los mismos, ni tampoco se hace alusión a que la herencia se reparta por stirpes en vez de por cabezas.

### III. EL FUERO REAL (1252-1259)

El Fuero Real, que tras recibir diversas denominaciones fue en general conocido con dicho nombre, supuso una de las grandes obras creadas por Alfonso X El Sabio. Si

---

<sup>53</sup> La doctrina no es pacífica en lo que respecta a la existencia del derecho de representación. Con relación al mismo, BENITO GUTIERREZ (*op. cit.*, pág. 618) entiende que no existía el derecho de representación entre parientes descendientes.

<sup>54</sup> F.V.C., Ley I, Título II, Libro V. “*Esto es Fuero de Castiella: Que todo ome fijo dalgo, que sea Mañero, seyendo sano, puede dar lo suo a quien quisier o vender; mas de que fuer alechigado de enfermedad, acuitada de muerte, de que morier, non puede dar mas del quinto de lo que ouier por sua alma, e todo lo al, que ouier, devenlo eredat suos parientes, que ouier, ansi como ermanos de padre, o de madre, e el mueble, e las ganancias devenlo eredat comunalmente los ermanos maguer que sean de sendos padres, o de sendas madres: e la erencia del patrimonio de vela eredat el pariente onde la erencia viene; e si ouier sobrinos fijos de ermano, que quieran eredat la buena del Tio, puedenlo aver de derecho en esta guisa, que lo tenga el otro en sua vida en fiado, e despues de sua vida, que lo partan estos sobrinos con los fijos dél.*”. (Vid., *Los Códigos (...), cit.*, pág. 296).

bien destaca una notable influencia germánica, no puede olvidarse el influjo romano, especialmente en materia de sucesión intestada<sup>55</sup>.

Este Fuero tuvo gran importancia para nuestro país, pues a pesar de carecer del carácter científico de las Leyes de las Partidas, reflejó con mayor exactitud que éstas, no sólo las peculiaridades jurídicas castellanas, sino también la realidad social del país.

El Fuero Real no sólo sirvió como fuero para lugares que carecían de uno propio sino que además fue recibido por otros que ya lo tenían<sup>56</sup>. En este sentido, Alfonso X, siguiendo los pasos de su padre, Fernando III, con el Fuero Juzgo, concedió el Fuero Real a numerosas villas y ciudades, en su mayoría castellanas, situadas en zonas antiguas de sus reinos<sup>57</sup>.

En materia sucesoria, siguió los pasos anteriores estableciendo un orden sucesorio similar. En este sentido, recopilando la doctrina existente con anterioridad, hizo el llamamiento sucesorio, en primer lugar a los descendientes, seguidos estos de los ascendientes y por último los colaterales<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> El Fuero Real tuvo gran influencia germánica, ya que esta obra fue muy influenciada por el *Liber*, en tanto en cuanto, éste fue utilizado por sus redactores en la elaboración de muchos de sus preceptos. F. SÁNCHEZ ROMÁN apunta que, además de la influencia germánica, no puede excluirse la romana que completó ciertas materias reproduciendo esencialmente el criterio legal del Fuero Juzgo en la sucesión intestada. (Vid., F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, t. 6ª, vol. 3º, 2ª ed., Madrid, 1910, pág. 1622).

<sup>56</sup> A Madrid y Guadalajara, por ejemplo, a pesar de tener un fuero propio y extenso les fue impuesto el Fuero Real cuya aplicación encontró una gran resistencia en estos lugares. (Vid., F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, 3ª ed., Madrid, 1988, pág. 164).

<sup>57</sup> De este modo, ambos fueros, el Fuero Real y el Fuero Juzgo, que es el *Liber* traducido al castellano en tiempos de Fernando III, fueron utilizados como instrumentos de una misma política real consistente en la unificación de los Derechos municipales. (Vid., F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pág. 163).

<sup>58</sup> Dicha prelación jerárquica entre descendientes, ascendientes y colaterales se encuentra recogida en la Ley I, Título VI, Libro III. “*Como el que hubiere fijos, ó nietos de bendicion, no puede heredar á otros algunos.*”

*Todo home que hubiere fijos, ó nietos, ó dende ayuso de muger de bendicion, no puedan heredar con ellos otros algunos que haya de barragana mas del quinto de su haber mueble, ó de raíz, pueda dar lo que quisiere: ó si fijos, ó nietos, ó dende ayuso no hobiere de muger de bendicion, ni otros fijos que hayan derecho de heredar, pueda facer de todo lo suyo lo que quisiere; de guisa que el Rey lo suyo no pierda: é no le pueda embargar, ni padre, ni madre, ni otro pariente. E si home qualquier muriere sin manda, y herederos no hobiere, asi como es sobredicho, el padre, é la madre hereden toda su buena*

Por lo que respecta al derecho de representación, la doctrina es unánime al afirmar que este Fuero permitía el derecho de representación entre descendientes consagrándolo sin limitación alguna de grado, y lo rechazaba entre los familiares ascendentes.<sup>59</sup>

La doctrina discrepa, sin embargo, a la hora de tratar la posibilidad de que tenga aplicación el derecho de representación entre los sobrinos, hijos de los hermanos premuertos del causante, quienes, en virtud de lo establecido por la ley, heredaban por cabezas<sup>60</sup>. Al respecto, afirma el profesor CASTÁN TOBEÑAS, el Fuero Real, al igual que la doctrina del Derecho común, fue favorable a dicho derecho, en el mismo sentido que lo habían sido las reformas justinianeas, siendo de aplicación, por lo tanto, con respecto a los descendientes y a los hijos de hermanos.<sup>61</sup>

---

*comunalmente: é si no fuere mas vivo del uno, aquel lo herede: é si no hobiere padre, ni madre, heredenlo los abuelos, ó dende arriba: y de esta guisa mesma: é si alguno no hubiere de estos, heredenlo los mas propinquos parientes que hubiere, asi como son hermanos, ó sobrinos fijos de hermanos, ó dende ayuso.” (Los Códigos (...), cit., pág. 386).*

<sup>59</sup> La doctrina es unánime en este punto, puesto que la ley no deja dudas sobre la existencia del derecho de representación entre los descendientes. Efectivamente, prevé la posibilidad de que los nietos, hijos de un hijo del causante, sucedan al mismo de tal suerte que les corresponda lo que su padre habría heredado si estuviera vivo, o lo que es lo mismo, en este supuesto la sucesión tendría lugar por estirpes y no por cabezas. Ley VII, Título VI, Libro III. “*Como los nietos han de partir con el tio igualmente la hacienda del abuelo.*”

*Si el muerto dexáre nietos que hayan derecho de heredar, quier sea de fijo, quier de fija, ó hobiere mas nietos del un fijo que del otro, todos los nietos de parte del un fijo hereden aquella parte que heredára su padre si fuese vivo, é no mas: é los otros nietos del padre del otro fijo, maguer sean mas pocos, hereden todos lo que su padre heredaría.” (Vid., Los Códigos(...), cit., pág. 387). F. SÁNCHEZ ROMÁN, (op. cit., vol. 3º pág. 1622) defiende la admisibilidad por parte de este Fuero del derecho de representación entre descendientes sin límite alguno de grado.*

<sup>60</sup> Ley XIII, Título VI, Libro III. “*Como si alguno muriere, é dexare sobrinos, deben pro virili partir la hacienda.*”

*Si el que muriere sin manda, é herederos naturales, hobiere sobrinos fijos de hermanos, ó de la hermana mas propinquos, todos partan la buena del tio, ó de la tia por cabezas, maguer que del un hermano sean mas que sobrinos del otro: ca pues iguales son en el grado, iguales deben ser en la partición: y esto mesmo sea de los primos, ó dende ayuso, que hobieren derecho de heredar lo del muerto.” (Los Códigos (...), cit., pág. ).*

<sup>61</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria”, *RGLJ*, 1942, pág. 100. En contra de esta postura se manifiestan autores como J. VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del Derecho de Sucesiones I, Fundamentos*, Madrid, 1982, pág. 1062) y BENITO GUTIÉRREZ (*op. cit.*, pág. 618) que niegan la existencia del derecho de representación a favor de los sobrinos, hijos de hermanos premuertos, quienes a falta de ellos, heredaban por cabezas, sin admitir el derecho de representación. También SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, vol. 3º, pág. 1622) negó que este

#### IV. LAS SIETE PARTIDAS (1256-1263)

Obra polémica por lo que a título, autor y fecha de promulgación respecta, Las Partidas, comenzadas bajo la inspiración de San Fernando, fueron concluidas por Alfonso X El Sabio<sup>62</sup>. Sin embargo, no adquirirán realmente fuerza de ley, si bien supletoria, durante el reinado de Alfonso XI, quien llevó a cabo la reforma de las mismas<sup>63</sup>.

Las Partidas dieron lugar a un periodo de transacción entre las dos legislaciones, patria y romana. Respondían al ideal católico de la Edad Media. Si bien, sus leyes se apoyaron, en gran medida en textos romanos, el contenido de sus disposiciones se halló impregnado del espíritu católico.<sup>64</sup>

En materia sucesoria, las Partidas han supuesto una vuelta al Derecho romano y más concretamente a la etapa justiniana. Consecuentemente, en la sucesión abintestato

---

Fuero permitiera el derecho de representación entre colaterales. A su vez, D. ALCALDE PRIETO (*op. cit.*, pág. 157), si bien no entra en materia, deja entrever la inexistencia de la representación sucesoria entre estos parientes, cuando, al hablar del orden sucesorio, afirma que el derecho de representación era admitido por el Fuero Real con relación al primer orden de llamamientos, es decir, los descendientes, rigiendo para el segundo, formado por los ascendientes, el de troncalidad, y en último lugar, en lo que respecta a los parientes de línea colateral, regirá la preferencia del doble vínculo.

<sup>62</sup> F. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 107.

<sup>63</sup> A pesar de las distintas posturas doctrinales al respecto así lo estima ALCALDE PRIETO, (*cfr. op. cit.*, pág. 161) afirmando con respecto a esta obra, que “la época en que pudo recibir y realmente recibió fuerza de ley, si bien supletoria, fue en el reinado de D. Alfonso XI, en cuyo célebre Ordenamiento (1348) se lee lo siguiente: “*é los pleitos é contiendas que se non pudieren librar por las leyes de este nuestro libro é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las Siete Partidas, que el rey D. Alfonso nuestro visabuelo, mandó ordenar como quier que fasta aquí non se falla que sean publicadas por mandado del rey, nin fueron habidas por leys*”.

<sup>64</sup> Si bien Las Partidas se apoyan, en numerosas ocasiones en el *Derecho romano*, su espíritu es diferente. En este sentido, sus disposiciones se encuentran impregnadas del espíritu católico, encarnan los sentimientos básicos que inspiraron al pueblo español, se señalan como fuentes de las mismas al Fuero y costumbres de España; además, incluso en las materias técnicas, en las cuales parece que se ha conservado de un modo más fiel la doctrina romana, se pueden observar ciertas desviaciones debidas a instituciones o costumbres no romanas. (Vid., F. DE CASTRO, *op. cit.*, págs. 107-109).



se siguió el mismo orden de llamamientos a la herencia que en dicha etapa, estableciendo tres órdenes de llamamientos<sup>65</sup>:

En primer lugar, eran llamados a la sucesión los descendientes. Respecto a ellos, se siguió el criterio de descender mientras hubiera parientes pertenecientes a esta línea. Además, se otorgó la consideración de nacido, a efectos sucesorios, al que lo hubiera hecho, tras la muerte de su ascendiente, con las consideraciones legales, y aplicando a los hijos el modo de sucesión *in capita* y a los nietos, concurrieran o no con hijos, el de sucesión *in stirpes*.

En segundo lugar, y en defecto de los anteriores, eran llamados los ascendientes<sup>66</sup>, entre quienes podían producirse las siguientes hipótesis: padres solos, en el supuesto de que no hubiera ni descendientes ni hermanos del hijo difunto. En este supuesto, el padre y la madre heredaban por partes iguales o, ante la falta de uno de ellos le correspondía al otro la totalidad de los bienes; padres con hermanos sucediendo *in capita* con independencia de la línea; abuelos solos, al no existir los anteriores sucediendo por líneas y los de cada línea, si fueran dos, se distribuyen su parte por cabezas; y por último, sucesión de abuelos con hermanos, en cuyo caso la herencia se distribuía entre todos por cabezas.

Ante la falta de todos los anteriores, eran llamados a suceder, como último orden, los colaterales. En defecto de todos ellos, no habiendo parientes dentro del

---

<sup>65</sup> Ley II, Título XIII, P. VI. “*Quantos grados son de parentesco.*

*Tres grados, e liñas son de parentesco. E la una es de los descendientes, assi como de los fijos, e de los nietos, e de los que descenden por la liña derecha. La otra es de los ascendientes, assi como el padre, o el auuelo, e los otros que suben por ella. La tercera es de los de trauiesso, assi como los hermanos, e los tios, e los que nascen dellos: e de cada uno dellos diremos adelante, en las leyes que se siguen, de cómo pueden heredar los unos a los otros, muriendo sin testamento”.*(Vid., *Las Siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso X El Sabio*, glosadas por GREGORIO LÓPEZ, t. III, Madrid 1844, pág. 216).

<sup>66</sup> Con respecto a los mismos, Las Partidas suponen una reproducción del *Derecho romano* novísimo, especialmente de la Novela 118. (Vid F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 3º, pág. 1624).

décimo grado, era llamado el cónyuge viudo y en último lugar se llamaba a la Cámara Real<sup>67</sup>.

Se mantuvo también el criterio romano de división de la herencia por los métodos *in capita*, *in stirpes* e *in lineas*.

Así pues, el derecho de representación, que se encontraba regulado, al igual que el resto de materias relativas al Derecho de Sucesiones, en la Partida VI, y más concretamente en las leyes comprendidas en el Título XIII, que trataba de la sucesión intestada, supuso prácticamente una reproducción justinianeas, pues dicho derecho fue admitido de un modo indefinido en la línea descendente<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Ley VI, Título XIII, P. VI. “*Como se pueden heredar los hermanos, que no son de padre, e de madre: e otrosi, quien puede heredar a aquel que muere sin testamento.*”

*Hermanos de padre tan solamente, e otro de madre, auiendo aquel que muriesse sin testamento, si non dexasse otro pariente ninguno, que heredasse lo suyo, de los que descienden, o suben por la liña derecha; estonce dezimos, que en tal caso como este, el hermano que le pertenesciesse a este atal de padre tan solamente, esse heredara todos los bienes del defunto, que le vinieren de parte de su padre; e el hermano que le pertenesciesse de parte de la madre, esse heredara otrosi todos los bienes que le vinieren de parte de su madre: e los bienes que atal defunto como este ouiesse ganado por otra manera qualquier, amos los hermanos sobredichos los partiran igualmente. E sobre todo esto dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non ouiesse parientes de los que suben, o descienden por la liña derecha, nin ouiesse hermano, nin sobrino fijo de su hermano; que destos adelante, el pariente que fuere fallado que es mas cercano del defunto fasta en el dezeno grado, esse heredara todos sus bienes. E si tal pariente non fuesse fallado, e el muerto auia muger legirima quando fino, heredara ella todos los bienes de su marido: esso mimo dezimos del marido, que heredara los bienes de su muger en tal caso como este. E si por auentura, el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, estonce heredara todos sus bienes la Camara del Rey.”*

<sup>68</sup> Ley III, Título XIII, P.VI. “*Como el padre, o el auuelo muriendo sin testamento, deue el fijo, o el nieto heredar los bienes del.*”

*Muriendo el padre, o el auuelo sin testamento, o alguno de los otros que suben por la liña derecha, el fijo o el nieto que nasciesse de otro su fijo, ganan e heredan todos los bienes del finado, quier sean varones, quier mugeres maguer aquel que murio sin testamento, ouiesse hermano o otros parientes propincos de la liña de trauiesso. Pero dezimos, que quando algun ome muriesse sin testamento, dexando un fijo con nieto, fijo de algun su otro fijo, o de fija, que fuessen ya muertos amos a dos; el fijo, e el nieto heredaran la heredad del defunto igualmente. E non empesce al nieto, porque el tío es mas propinco del defuncto, porque aquella regla de derecho que dice: Que el que el mas propinco de aquel que fino sin testamento, deue auer los bienes del, ha lugar, quando el finado non dexa ningún pariente de los descendientes. Otrosi dezimos, que si estos nietos fuessen muchos, nascidos de un padre, todos heredan en lugar del padre con el tío, e auran aquella parte delos bienes del auelo, que auria el padre dellos si biuiesse. E si alguno muriesse sin testamento, en fincasse un nieto, de un su fijo que fuesse ya muerto, e de otro fijo que fuesse ya finado, le fincassen tres nietos o más; este uno solo, tanta parte aura en la heredad del auelo, como todos los otros sus primos; porque pocos o muchos que sean, fincan en lugar de su padre, e heredan lo que heredaría si biuiesse”. (Las Siete Partidas (...), cit, págs. 216 a 224)*

En cuanto a la posibilidad de que el derecho de representación fuera de aplicación entre ascendientes, éste derecho no tenía cabida entre ellos. Los abuelos heredaban tan sólo en defecto de padre y madre puesto que en la sucesión de los ascendientes, el más próximo en grado siempre excluía al más remoto. La partición de la herencia en este supuesto, se llevaba a cabo por mitades entre las líneas paterna y materna.

Por lo que respecta a los parientes en línea colateral<sup>69</sup>, éstos heredaban en defecto de descendientes y ascendientes, siendo llamados los hermanos de cualquier sexo del difunto en concurso con sus sobrinos, hijos de otro hermano prefallecido, en representación del mismo. Por tanto la representación sucesoria se encontraba limitada en éstos casos a los colaterales de primer grado. La división de la herencia se llevaba a cabo, en estos supuestos, por estirpes, salvo en el supuesto de que concurrieran a la misma solamente sobrinos, hijos de hermanos fallecidos del causante, en cuyo caso, éstos sucederían a su tío por cabezas.

---

<sup>69</sup> Ley V, Título XIII, P. VI. “Como los hermanos, e los otros parientes de la liña de trauiesso, se pueden heredar los unos a los otros, quando mueren sin testamento.

*Fasta aquí mostramos en que manera los ascendientes, e los descendientes, deuen heredar entre si, quando alguno de ellos muriere sin testamento. E agora queremos dezir, como pueden heredar entre si, los que son de la liña dicha, de trauiesso; assi como los hermanos, e los tios, a los otros parientes que son en aquella mesma liña, muriendo alguno dellos sin testamento. E dezimos, que si alguno que assi muriesse sin testamento, non ouiesse de los parientes que suben, o descenden por la liña derecha, e ouiesse hermano, o hermana de padre, o de madre, o sobrino fijo de tal hermano, o de tal hermana que fuesse ya muerta; que el hermano, e el sobrino heredan los bienes de tal defunto egualmetnes: e maguer sean los sobrinos dos, o mas, nascidos de un hermano, o de hermana, non auran mas de la meytad de la heredad, e partirla han ellos entre si por cabeças egualmente. Mas si este que muriesse sin testamento non auiendo ascendientes, nin descendientes, ouiesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, o de su madre, e fuessen los hermanos amos muertos, heredaran los sobrinos los bienes de su tio, e partirlos an entre si por cabeças egualmente. E sobre todo dezimos, que si este que assi muriesse, ouiesse otros hermanos, que non le pertenesciessen si non de parte de su madre, o de su padre, que estos, nin los fijos dellos, non deuen auer herencia del finado con los hermanos que le pertenescen de parte de padre e madre, nin con los fijos dellos, si los padres fuessen muertos.” (Las Siete Partidas (...), cit, págs.225, 226).*

## **V. ÉPOCA MODERNA, DE LAS LEYES DE TORO A LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN.**

Las 83 leyes de Toro, han supuesto el asentamiento del Derecho patrio sobre una base tan sólida que el Derecho Español, a través de ellas, ha conseguido su centro de equilibrio entre las distintas e irreconciliables corrientes, romana y germánica.

A raíz de la caída de las Partidas, que elaboradas con carácter general y con deseo de que sirvieran por igual para todos los Reinos, chocaron con las proliferaciones regionalistas de las Fueros y con el Derecho Feudal; los Reyes Católicos, movidos por una fuerte ambición nacional, encargaron, a finales del siglo XV, el denominado Ordenamiento Real, conocido también como Ordenamiento de Montalvo, al Doctor Alonso Díaz de Montalvo. Éste consistió en una compilación del Fuero Real, Leyes de Estilo y Ordenamiento de Alcalá, pero no lo llegaron a promulgar<sup>70</sup>. Posteriormente, las Cortes de Toledo elaboraron 83 Leyes, que fueron aprobadas en las Cortes de Toro, celebradas a propósito de la jura y proclamación de la reina Doña Juana.

Estas leyes, casi todas acerca de instituciones de Derecho privado, confirmaron el sistema de transacción, iniciado legalmente por el Ordenamiento de Alcalá, y se encargaron de aclarar, enmendar y suplir el derecho anterior junto al Ordenamiento Real. Sin embargo, distaron mucho del pensamiento concebido por la Reina Católica. Además, dada su imposibilidad de satisfacer las necesidades que iban surgiendo en el área del derecho, las Cortes pidieron el mejoramiento de la legislación.

Los trabajos para una nueva recopilación, fueron reanudados en 1532 por encargo de Carlos I al jurista, no muy conocido en aquella época, Pedro López de Alcocer. Sin embargo, no se consiguió terminar éste trabajo hasta 1567 por el licenciado Bartolomé de Atienza, fecha en la que, bajo el reinado de Felipe II, y tras haber sido

---

<sup>70</sup> Realmente existen dudas, tanto acerca de que Díaz de Montalvo recibiera orden de los Reyes Católicos para llevar a cabo esta recopilación como acerca de que dicha obra hubiera sido promulgada. (*Vid.*, F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pág. 267).

revisada por el Consejo Real, fue promulgada la Nueva Recopilación. Si bien, dicha obra, no llegó a buen fin, pues lejos de corregir antiguas leyes o enmendar ciertos fallos, se limitó a reproducir y ampliar el sistema del libro de Montalvo; se llevaron a cabo numerosas ediciones de la misma. La primera tuvo lugar en 1745, fecha en la que se volvió a editar completada con un nuevo tomo bajo el nombre de Autos Acordados del Consejo. Las posteriores ediciones en 1772, 1775 y 1777 añadieron muy pocas novedades legislativas.

Así pues, la necesidad de un Código bien ordenado llevó consigo el que Carlos III, a propuesta del Consejo, encargase a D. Manuel Lardizábal la elaboración de una compilación, consistente en coleccionar en un nuevo tomo de la Recopilación, todos los Autos Acordados publicados desde 1745. Dicho “*Suplemento*” de la Nueva Recopilación, presentado por Lardizábal al Consejo en 1785, no fue aprobado por éste al estimar la falta de ciertas cédulas así como, la recopilación de ciertos autos que estaban en desuso. Por tanto, planteándose la necesidad de una nueva edición, Carlos IV encomendó a D. Juan de la Reguera y Valdelomar la corrección y actualización del Suplemento quien anunció, una vez elaborado éste, que tenía el plan para llevar a cabo una Novísima Recopilación de las Leyes Españolas, trabajo que le fue encargado, ante su ofrecimiento, en 1802, con la ayuda de una Junta nombrada para tal efecto. Finalizado su trabajo, la Novísima Recopilación, que consistió en compilar, clasificar, revisar, reunir y presentar un único Código, fue promulgada por Real cédula el 15 de julio de 1805.

La Novísima Recopilación, que reprodujo las Leyes de Toro, estableció como orden de prelación de fuentes la Recopilación, en primer lugar, seguido del Fuero Real, el Fuero Juzgo y los Fueros Municipales y por último Las Partidas, siendo subsidiarias de los anteriores.

En materia de derecho de sucesiones, éste se reguló en el Título XX, del Libro X, “*De las Herencias, Mandas y Legados*”.

La ley I, que declaró en vigor la ley 6 de Toro<sup>71</sup> y que, a su vez, fue también reproducida por la ley I, Título VIII, Libro V de la Nueva Recopilación, reguló el orden de suceder en línea recta, tanto en la sucesión testada como en la intestada, declarando al respecto quiénes eran herederos legítimos tanto en una como en otra.<sup>72</sup> Así, el orden será el siguiente: en primer lugar heredarían los hijos y descendientes, reconociendo a favor de los segundos el derecho de representación sin limitación de grado. En su defecto, heredaban los ascendientes del causante en partes iguales, tanto los de una rama como los de la otra. Estos parientes, no gozaban del derecho de representación.

La ley II, reguladora de la “*Sucesión ab intestato de los hermanos del difunto, y de los sobrinos con los tíos in stirpem y no in capita*”, declaró en vigor las leyes 7 y 8 de Toro. Éstas fueron también reproducidas por las leyes 4 y 5 del Título VIII, del Libro V de la Nueva Recopilación.

En virtud de la ley 7 de Toro<sup>73</sup>, los padres y ascendientes del difunto excluían, en la sucesión *abintestato*, a sus hermanos, puesto que gozaban de preferencia en el orden de prelación establecido para la sucesión intestada. Por lo tanto, para heredar *abintestato* a un hermano no se podía concurrir a su con los padres o ascendientes.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Ley VI de Toro, “*Derecho y modo de suceder los ascendientes legítimos á sus descendientes, como estos á aquellos ex testamento y abintestato. (Ley 1ª, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.)*

*Los ascendientes legítimos por su orden é línea derecha sucedan ex testamento é abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan fijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar; pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó facer cualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa cual quisieren, lo cual mandamos que se guarde salvo en las ciudades é villas é lugares, do según el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco ó la raiz á la raiz”. (S. LLAMAS Y MOLINA, Comentario crítico-jurídico-litera a las ochenta y tres Leyes de Toro, Barcelona, Banchs, 1974, Reprod. facs. De la ed. de Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852, pág. 57).*

<sup>72</sup> Al respecto manifiesta L. MARTÍNEZ CALCERRDA, (*op. cit.*, pág. 88) que la conjunta ordenación de ambas sucesiones constituye una novedad insólita, sin precedentes hasta la fecha.

<sup>73</sup> Ley VII de Toro. “*Sucesión ab intestato de los hermanos. (Ley 2, título XX, lib. X de la Nov. Rec.)*

*El hermano para heredar abintestato á su hermano no pueda concurrir con los padres ó ascendientes del difunto”. (S. LLAMAS Y MOLINA, op. cit., pág. 62).*

<sup>74</sup> S. LLAMAS Y MOLINA (*op. cit.*, pág. 62) apunta que los Reyes Católicos, mediante la presente ley, quisieron aclarar las posibles dudas que pudieran surgir debido a la controversia existente en la época

La ley 8<sup>a</sup><sup>75</sup> consagró el derecho de representación a favor de los sobrinos en concurrencia con sus tíos, en cuyo caso, la masa hereditaria se partía por estirpes y no por cabezas.. En efecto, esta Ley establecía que los sobrinos podían concurrir a la herencia de sus tíos *abintestatos* con otros tíos vivos.<sup>76</sup>

Esta ley silenció, sin embargo, las posibles consecuencias representativas que pudieran llegar a tener lugar para el supuesto que los distintos sobrinos del causante concurriesen solos y no con otros tíos a la herencia. Ello dio lugar, nuevamente, a una controversia por parte de la doctrina siendo partidarios unos de que la herencia se repartiera igualmente por estirpes, mientras que otro sector doctrinal, entendiendo que, en este caso, los sobrinos heredaban por derecho propio y no por representación, la división de la herencia, entre ellos, había de llevarse a cabo por cabezas<sup>77</sup>.

---

entre Las Partidas, que admitían a los hermanos en concurso con los padres a la sucesión intestada del hermano, y el Fuero Real, el cual, apartándose del derecho civil, tan sólo llamaba a los padres y ascendientes a la herencia, y sólo en defecto de los mismos, eran llamados los hermanos del difunto.

<sup>75</sup> Ley VIII de Toro. “Sucesión *ab intestato* en que los sobrinos concurren con los tíos. (Ley 2, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.)

*Mandmos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios, in stirpem, y no in capita*”. (S. LLAMAS MOLINA, *op. cit.*, pág. 62

<sup>76</sup> Se restableció, por tanto, la tradición germana de llamar a los hermanos con los sobrinos, hijos de otro hermano premuerto, viniendo a la herencia los primeros *in capita* y los segundos *in stirpes*. (F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 3º, pág. 1627).

<sup>77</sup> Entre este grupo de autores, cabe destacar, entre otros, a J. M<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO (*op. cit.*, págs. 94 y 95), quien estima que, en contra de lo que ciertos comentaristas entendieron, engañados, bajo su punto de vista, por el “alcance y efectos lógicos del derecho de representación”, en la práctica prevaleció la opinión de que concurriendo sólo sobrinos, no se podía hablar de derecho de representación, por lo que éstos, que heredaban por derecho propio con lo que la división de la herencia tendría lugar por cabezas; todo lo cual, entiende este autor, es más conforme con el texto legal. En esta misma línea se encuentra S. LLAMAS Y MOLINA (*op. cit.*, págs. 65 y 66). quien entiende que el derecho que Justiniano otorgó, en el capítulo III de la novela 118, a los sobrinos, hijos de hermanos fue tan sólo un privilegio, entiende, este autor, conveniente resaltar las siguientes palabras: “*si autem defuncti fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis premortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti, cum de patre et matre thiiis masculis, et foeminis, et quanticumque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset.*”, en las que se manifiesta de un modo claro y decisivo que en el caso de que el difunto no deje hermanos y sí sobrinos, el derecho de representación dejará de tener lugar y la herencia deberá partirse por cabezas, habida cuenta que el privilegio sólo se otorga en el supuesto de que los sobrinos concurren a la herencia con sus tíos.

## VI. EL PERIODO CODIFICADOR. PRECEDENTES DEL CÓDIGO CIVIL

La historia de la codificación española, hasta la tardía promulgación del Código civil con fecha de 24 de julio de 1889, fue definida por Tomás y Valiente como “*la larga historia de una frustración*”. Ésta supuso una lenta sucesión de proyectos, incompletos en ocasiones y derrotados en otras, que ocasionó que, fuera de Castilla, durante casi la totalidad del siglo XIX, siguieran en vigor las fuentes escritas o consuetudinarias de sus ordenamientos jurídicos forales. Mientras, en Castilla se continuó con la aplicación de las normas contenidas en las Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro o en la Novísima Recopilación de 1805, utilizadas con frecuencia por las distintas sentencias del Tribunal Supremo anteriores a 1890.<sup>78</sup>

En materia de representación sucesoria, los antecedentes prelegislativos del actual Código civil ponen de manifiesto algunas de las diferencias existentes con el mismo al regularla.

Esta figura sucesoria, silenciada por el Proyecto de 1821<sup>79</sup>, encuentra sus primeros precedentes en el Proyecto de 1836.<sup>80</sup>, que ubica el derecho de representación en el Capítulo III, Título I, del Libro IV relativo a las sucesiones legítimas o intestadas

---

<sup>78</sup> Cfr. F. TOMÁS Y VALIENTE., *op. cit.*, págs. 536 y 537.

<sup>79</sup> Producto del deseo de codificar, surgido en el trienio liberal, con el Proyecto de 1821, enormemente influenciado por el *Code* francés de 1804, se intentó un Código civil de amplio contenido y del cual, sólo llegaron a redactarse los 476 primeros artículos. Éstos comprendían el Título Preliminar y los dos primeros libros, “*De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general*” y “*De los derechos y de las obligaciones según la diferente condición doméstica de las personas*” respectivamente. El Proyecto se caracterizó por otorgar un valor supremo a la Ley como fuente del Derecho y por la inadmisión de los distintos derechos forales posibilitándose, tan sólo, la conservación de varios usos y costumbres mediante las cuales se gobernaban en algunas provincias ciertas clases de intereses debiendo el legislador mencionarlas así como fijar sus límites con precisión. (*Vid.*, F. TOMÁS Y VALIENTE., *op. cit.*, págs. 538 y 539)

<sup>80</sup> Se trata de un texto amplísimo, que consta de 2.458 artículos divididos en cuatro libros precedidos de un título preliminar, cuya redacción, encargada dentro del período absolutista por el monarca Fernando VII, mediante Decreto de 9 de mayo de 1833, fue elaborada por el abogado madrileño M. M<sup>a</sup>. Carbonero. Se finalizó, debido a la muerte del abogado, el 5 de enero de 1834, por una comisión nombrada el 29 de enero de 1834 para finalizar la obra. Ésta estaba integrada por E. Tapia, T. Vizmanos y J. Ayuso. El proyecto fue presentado por esta comisión a las Cortes el 16 de noviembre de 1836. (*Vid.*, F. TOMÁS Y VALIENTE., *op. cit.*, pág. 540).



(artículos 2.218 a 2.223). Tras aportar una definición del derecho de representación,<sup>81</sup> éste se admite sin límites en la línea recta descendente, y en la línea colateral<sup>82</sup> no sólo a favor de los hijos de hermanos, como lo hace el Código, sino que será de aplicación también a los nietos de aquéllos en concurrencia con sus tíos.

La creación en 1843 de la Comisión General de Codificación provocó un impulso notorio en los trabajos realizados para la redacción del Código civil.<sup>83</sup> Tras la aprobación del plan general del Código, se llevaron a cabo otra serie de trabajos posteriores, que fueron ya obra de otra comisión nombrada en 1846 cuya sección civil era presidida por Bravo Murillo y cuyos miembros fueron cambiando a lo largo de los cinco años que duró la elaboración del Proyecto de 1851.<sup>84</sup> Éste recogió en buena medida la doctrina tradicional e influyó decisivamente en la elaboración del Código civil.

El Proyecto de 1851, fundamental en la historia jurídica de nuestro país, constituye el antecedente inmediato del Código civil, en tanto en cuanto, las posteriores discusiones llevadas a cabo sobre la obra de Codificación giraron en torno a las

---

<sup>81</sup> El Proyecto de 1836, a diferencia del Código civil que regula directamente los efectos de la representación sucesoria, aporta una definición de dicha institución en el artículo 2.219, en virtud del cual, “*Entiéndese por representación la subrogación que la ley declara en ciertos casos, de una o varias personas, en el lugar y derechos de otra, que ha muerto natural o civilmente, y de quien aquéllas proceden*”. (Artículo copiado de la Crónica de la Codificación Española, 4. Codificación Civil, vol II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, por J. F. LASSO GAITE., pág. 299).

<sup>82</sup> Artículo 2.223, “*La representación sólo se extiende en la línea colateral a los hijos y nietos de los hermanos del difunto, cuando concurren con sus tíos; y por consiguiente, la herencia que correspondiere a éstos se dividirá en tantas partes como estirpes hubiere. La herencia se dividirá por mitad entre los ascendientes de ambas líneas y de un mismo grado: la parte correspondiente a cada línea se subdividirá con igualdad entre los que pertenezcan a una misma*”. (J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación* (...) cit., pág. 299).

<sup>83</sup> Esta Comisión creada por Real Decreto de 19 de agosto de 1843 y compuesta por diecisiete juristas bajo la presidencia de Manuel Cortina, fue disuelta por Real Decreto de 31 de julio de 1846 tras haberse fijado las bases generales de la codificación. En virtud de las mismas eran de aplicación los nuevos Códigos a las distintas provincias sin menoscabo de los derechos adquiridos, y haberse redactado los libros I, II y parte del III, de un Proyecto de Código civil. (Cfr. F. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 153).

<sup>84</sup> El 5 de mayo de 1851 se presentó al Gobierno el Proyecto del Código civil, que iba firmado por J. Bravo Murillo, F. García Goyena, considerado el principal autor del proyecto, C. Antón de Luzuriaga y J. M<sup>a</sup>. Sánchez Puig. (Vid., F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, págs. 540, 541).

soluciones otorgadas por él. Asimismo, tanto la doctrina como, en ciertas ocasiones, los Tribunales lo han tenido en cuenta como representación de la opinión más autorizada.<sup>85</sup>

El derecho de representación sucesoria se enmarca en una sección independiente, siendo tratado de un modo único y exclusivo.<sup>86</sup> Además, el Proyecto se limitó a regular directamente sus efectos por lo que carece de definición alguna.<sup>87</sup>

En cuanto a la extensión de este derecho, el Proyecto de 1851, manifiesta GARCÍA GOYENA que es de “jurisprudencia universal”<sup>88</sup>. Así, añade este autor que en todos los Códigos, ya sean antiguos o modernos, la representación siempre tiene lugar en la línea recta descendente, sin embargo, es inexistente entre parientes de la línea recta ascendente<sup>89</sup>. Respecto a la línea colateral, se aleja el Proyecto de la uniformidad existente entre los distintos Códigos con relación a este tipo de parientes<sup>90</sup>. En este sentido, con influencia del *Code francés*<sup>91</sup>, el derecho de representación se admite sin límite alguno, por lo que no sólo los hijos, sino también los descendientes del

---

<sup>85</sup> Cfr. F. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 154.

<sup>86</sup> El derecho de representación se encontraba regulado en el Proyecto de 1836, en el Capítulo III, del Título I, “*De los grados y líneas de parentesco y del derecho de representación*”, sin embargo, en el de 1851, esta institución era regulada en la Sección II, Capítulo I, Título II del Libro III “*De la representación*”, independientemente de las líneas y grados de parentesco, que comprendía los artículos 753 a 758.

<sup>87</sup> Artículo 753: “*La representación da a un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga*”. (J. F. LASSO GAITE., *Crónica de la codificación (...) cit.*, pág. 385).

<sup>88</sup> F. GARCÍA GOYENA (*op. cit.*, pág. 396), alude a la extensión de la representación y en relación a la misma afirma, con respecto a la línea descendente que es de jurisprudencia universal y admitido por todos los Códigos, antiguos y modernos, en tanto en cuanto el cariño crece a medida que se desciende y más aún cuando se ha roto el grado intermedio, con lo que “la ley que excluyera la representación en línea recta descendente, sería una ley impía y antinatural”. Esta conformidad común entre distintos textos legales se muestra también en el hecho de negar la representación en la línea recta ascendente.

<sup>89</sup> Artículo 754. 1º y 2º del Proyecto de 1851. “*La representación tiene siempre lugar en la línea recta de descendientes. No tiene lugar en la de ascendientes*”. (J. F. LASSO GAITE, *La Codificación (...) cit.*, pág. 25).

<sup>90</sup> Artículo 754.3ª del Proyecto de 1851. “*En la colateral sólo se admite a favor de los hijos y descendientes de los hermanos, bien sean de padre y madre o de un solo lado*”. (J. F. LASSO GAITE, *La Codificación.... cit.* pág. 25).

<sup>91</sup> Artículo 742 del *Code français*, “*En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfans et descendans de frères ou soeurs du défunt, soit qu'ils viennent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères et soeurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendans en degrés égaux ou inégaux*”:

hermano premuerto del causante, representarán a su padre o ascendiente en la herencia del mismo<sup>92</sup>; más aún, los hijos y descendientes del hermano premuerto, gozarán del derecho de representación, ya concurran con sus tíos a la herencia ya lo hagan solos<sup>93</sup>. Esta cuestión ya había sido debatida por el Derecho romano y habiéndose sumado a la solución expuesta por el mismo nuestro Derecho patrio, volverá a ella, tras alejarse de la misma el Proyecto<sup>94</sup> debido a un fuerte afrancesamiento<sup>95</sup>. Así, el Código civil admitirá, en consecuencia, dicha institución en la línea colateral tan sólo en el caso de que los sobrinos, hijos de hermanos premuertos del finado, concurrieran a la herencia en compañía de sus tíos, hermanos del causante, estableciendo que, en caso de que éstos fueran solos a la herencia de su tío, heredarían por derecho propio llevándose a cabo la partición por cabezas y no por estirpes.

Una novedad esencial impuesta en el Proyecto de 1851 la constituye la ruptura del principio “*viventis non datur repraesentatio*”<sup>96</sup>, que venía rigiendo desde el Derecho romano y en virtud del cual no podía representarse a una persona viva. Con este Proyecto se ampliaron los supuestos por los cuales podía representarse a una persona, permitiéndose que el derecho de representación tuviera lugar también en los supuestos de indignidad y desheredación. Destaca esta novedad por su gran trascendencia, toda vez que abre la posibilidad de plantear la aplicación de la representación sucesoria en la sucesión testamentaria, ya que se regula el juego de la

---

<sup>92</sup> “*Se ha seguido al Código Francés en cuanto a los descendientes de hermanos porque respecto de ellos hay los mismos motivos de conveniencia y afecto que respecto de los hijos*” (F. GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 396).

<sup>93</sup> Artículo 756, “*Quedando hijos y descendientes de dos o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación, ya estén solos y en igualdad de circunstancias, ya concurran con sus tíos*”. (J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación (...) cit.*, pág. 386).

<sup>94</sup> Entiende F. GARCÍA GOYENA, (*op. cit.*, págs. 397 y 398). que si el derecho de representación en la línea colateral se equipara, en el Proyecto, a la línea descendente, en tanto en cuanto éste es admitido sin limitación alguna, no hay razón para no igualarlo todo en ambos casos, por lo que, si los nietos, concurriendo solos a la herencia del abuelo, heredan por representación, también los sobrinos, estando solos habrán de suceder por representación, partiendo la herencia, por estirpes y no por cabezas.

<sup>95</sup> Ver artículo 742 del *Code* francés de 1804 citado con anterioridad.

<sup>96</sup> Artículo 758, “No puede representarse á una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673”.

representación sucesoria en los supuestos de desheredación, que sólo puede tener lugar mediante testamento.<sup>97</sup>

El Proyecto de 1851, caracterizado por una gran influencia extranjera, y en especial por el *Code* francés de 1804, así como por una tendencia unificadora<sup>98</sup> eligiendo para ello el Derecho de Castilla<sup>99</sup> nunca llegó a convertirse en Código.<sup>100</sup> Tras este intento fallido, el Gobierno decidió elaborar leyes civiles de carácter especial por razón de su contenido, que eran de vigencia general y pacífica para toda España, ya que promulgadas sobre cuestiones acerca de las que no se esperaba resistencia alguna por los Derechos forales.

La etapa definitiva de la Codificación Civil comenzó en 1880, mediante el Real Decreto del ministro conservador Álvarez Bugallal de fecha de 2 de febrero de 1880.<sup>101</sup> En él se reconoció la conveniencia de respetar los Derechos civiles forales, si bien, no en su totalidad, sí en instituciones consideradas dignas de continuar rigiendo en sus territorios.

---

<sup>97</sup> Artículo 673, “*Los hijos del desheredado que sobrevive al testador, ocupan su lugar y derechos de herederos forzosos respecto a la legítima, sin que el padre desheredado tenga el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden*”

Artículo 667, “*La desheredación debe hacerse en testamento, expresándose la causa especial en que se funde*”.

<sup>98</sup> Artículo 1992, “*Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código*”.

<sup>99</sup> F. GARCÍA GOYENA y sus colaboradores dieron entrada, además de a las influencias extranjeras, en el articulado del Proyecto, a una notable influencia del Derecho de Castilla así como a la supresión de los Derechos Civiles Forales todo lo cual molestó considerablemente a los juristas españoles no castellanos. (Vid., F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, págs. 542 a 544)

<sup>100</sup> La influencia del Derecho francés y del Derecho de Castilla, dejando a un lado los Derechos forales fueron, entre otras, las causas que hicieron fracasar el Proyecto, manifiesta M<sup>a</sup> REPÁRAZ PADRÓS en “La crítica contemporánea al Proyecto de Código civil de 1851”, *ADC*, 1997, págs. 1016 y ss. Sobre las alternativas propuestas a la legítima de descendientes del Proyecto, *vid.* págs. 1190 y ss.

<sup>101</sup> Por Real Decreto de 2 de febrero de 1880 se concedió a los representantes de los territorios forales una intervención oficial en la Comisión de Códigos. Si bien los trabajos comenzaron tomando como base el Proyecto de 1851, se procuró recoger todas aquellas instituciones forales que mereciesen ser convertidas en generales. (Vid., F. DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 157).

Es en 1882 cuando es presentado el Proyecto del Código civil por Alonso Martínez, quien en 1881 siendo ministro de Gracia y Justicia, presentó a las Cortes su Proyecto de Ley de Bases para el Código civil el 22 de octubre de 1881. Alonso Martínez, cuyo Proyecto fue rechazado, tomó como base el de 1851 si bien entendió necesaria la introducción en el Código de aquellas instituciones forales susceptibles de ser generalizadas para todos los españoles, y la no derogación de todas aquellas instituciones, que por su gran arraigo, debían subsistir como excepción a la regla común contenida. Tras este rechazo, presentó a los Cortes, en abril de 1882, los dos primeros libros del Proyecto del Código, si bien, éste cesó en su cargo de ministro antes de que se presentasen y redactasen los libros que faltaban.

El Proyecto de 1882,<sup>102</sup> precedente inmediato, por su innegable puesto cronológico, del Código civil de 24 de julio de 1889, regula el derecho de representación en su Libro III, Título III, Capítulo II, Sección I “*De la representación*”, que comprende los artículos 934 a 939.<sup>103</sup> Siguiendo la línea marcada por el Proyecto de 1851, regula esta institución de un modo idéntico a como apareció, años más tarde, en el Código, discrepando tan sólo en lo relativo a la existencia del derecho de representación en la línea colateral. Respecto a la misma, el Proyecto de 1882 es coincidente con el Código civil, en tanto en cuanto, el derecho de representación no fue reconocido de un modo ilimitado entre los colaterales, sino que tan sólo gozaban del mismo los hijos del hermano premuerto del causante.<sup>104</sup> Sin embargo, en el Proyecto, a diferencia del

---

<sup>102</sup> Si bien, en aras a la verdad histórica no es lícito hablar, en materia sucesoria habida cuenta que éste no comprendía más que dos libros, uno relativo a las personas y el otro a la división de las cosas y a la propiedad, los trabajos de la Comisión de Códigos, rebasaron el límite de estos dos primeros libros y se siguió redactando el articulado que sirvió como modelo para producir el Código vigente. (*Vid.*, MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado* extensamente y totalmente revisado y puesto a día por Francisco Ortega Lorca, tomo XVI, 4ª ed., Madrid, 1945, pág. 31).

<sup>103</sup> *Vid.*, M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil Español (1882-1888)*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, págs. 288 a 290.

<sup>104</sup> Artículo 935, “*Es derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente. En la línea colateral sólo tendrá lugar a favor de los hijos o descendientes de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado*” (F. LASSO GAITE, *op. cit.*, pág. 639). Este artículo coincide plenamente con el 925 del Código civil.

Código civil, no era necesario que los sobrinos del causante concurrieran con sus tíos a la herencia.<sup>105</sup>

El proyecto de Ley de Bases para el Código civil, presentado ante las Cortes por Francisco Silvela el 7 de enero de 1885<sup>106</sup>, fue fruto de numerosas modificaciones cuyas principales orientaciones fueron impuestas por la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Tras ésta se redactó con rapidez el texto articulado del Código, que una vez publicada en la Gaceta, por Real Decreto de 6 de octubre de 1888, fue objeto de discusión produciendo que su entrada en vigor se prorrogase hasta el 1 de mayo de 1889. El 26 de mayo del mismo año, las Cortes ordenaron una nueva edición corregida del Código, la cual fue promulgada el 24 de julio de 1889 entrando en vigor inmediatamente.

En lo relativo al derecho de representación sucesoria, aparece regulado en el Código de la misma manera que en el Proyecto de 1882 con la salvedad, ya expuesta al analizar el mismo, del artículo 937 del segundo, distinto en cuanto a su estructura del 927 del primero relativos a la aplicación de dicha institución en la línea colateral<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Artículo 937, “*Quedando hijos de dos o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación, ya estén solos y en igualdad de circunstancias, ya concurran con sus tíos*”. (J. F. LASSO GAITE, *op. cit.*, pág. 639). Este artículo coincide con el 756 del Proyecto de 1851 y discrepa del artículo 927 del Código civil en cuanto éste establece que es necesario que los sobrinos concurran a la herencia de su tío con el resto de los tíos que estén vivos, pues si acceden solos a la misma, no gozarán del derecho de representación (artículo 927 Código civil, “*Quedando hijos de uno más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación si concurren con sus tíos. Pero, si concurren solos, heredarán por partes iguales*”).

<sup>106</sup> Si bien Silvela mantuvo en esta Ley de Bases el Proyecto de 1851 como punto de partida del futuro Código, introdujo notables concesiones en materia de Derechos forales. (*Vid.*, F. TOMÁS Y VALIENTE, *op. cit.*, pág. 550).

<sup>107</sup> En este sentido, entiende MUCIUS SCAEVOLA (*op. cit.*, pág. 36) que la “rectificación hecha por el Código ha sido muy discreta y oportuna, porque se explica que la sucesión *in stirpes* coexista con la *in capita* cuando concurran parientes de distinto grado (...) pero no debe admitirse sucesión por estirpes cuando a la herencia del finado sólo acuden sobrinos. Por esto dice el artículo 927 del Código, rectificando el 937 del proyecto, que heredarán por partes iguales”..

La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria

---

**PARTE SEGUNDA**  
**EL FENÓMENO SUCESORIO Y DERECHO DE REPRESENTACIÓN**

## CAPÍTULO PRIMERO

### FASES DEL FENÓMENO SUCESORIO

#### I. DESIGNACIÓN Y FASE DE APERTURA

El estudio del fenómeno sucesorio es esencial a nuestros efectos, por cuanto en él convergen una serie de conceptos de incidencia directa en la estructura y naturaleza jurídica del derecho de representación.<sup>108</sup>

La designación precede la fase intermedia del fenómeno sucesorio, denominada herencia deferida (vocación y delación), que tiene lugar entre la apertura y la adquisición de la herencia. Así pues, afirma VATTIER FUENZALIDA, la designación, la apertura, vocación y delación, constituyen “otros tantos presupuestos del derecho de representación, en el que ofrecen una fisonomía peculiar”.<sup>109</sup>

La designación, hecha por ley o testamento, supone la determinación de la persona destinataria de la herencia, así como de la atribución realizada a su favor. Por tanto, la designación entendida en su doble vertiente subjetiva y objetiva – individualización del sucesor y determinación del *quantum* asignado al mismo – constituye un factor esencial en el proceso sucesorio (sin ella no habría vocación ni delación) que precede siempre a la apertura de la sucesión.

---

<sup>108</sup> La alusión al fenómeno sucesorio, definido por C. VATTIER FUENZALIDA (*El derecho de representación en la “sucesión mortis causa”*, Madrid, Montecorvo, 1986, pág. 21) como “las fases o etapas por las que discurre el proceso por virtud del cual el sucesor pasa a ocupar el puesto que ha quedado vacante por la desaparición del *de cuius*”, es elemental en nuestro trabajo por cuanto, tal y como afirma el autor (*op. cit.*, pág. 35 y ss.), “El derecho de representación se da en el campo del fenómeno sucesorio y despliega sus efectos en medio del mismo”.

<sup>109</sup> *Cfr. op. cit.*, pág. 41.



Sin embargo el designado, antes de la apertura de la sucesión carece de derecho o expectativa alguna de suceder al causante. En efecto, la posibilidad de revocación del testamento implica la permisibilidad de que se lleven a cabo cambios en la designación hasta el momento de la muerte del causante. Consecuencia lógica de esta variabilidad que caracteriza a la designación es que ésta no adquiere valor jurídico sino tras la apertura de la sucesión, momento que se tiene en consideración para determinar quien puede suceder, tal suerte que, premuerto el designado, éste no puede suceder y por ende no puede ser llamado a la herencia.<sup>110</sup> Constituye ésta la teoría dominante en nuestra doctrina al plantearse la autonomía de la designación dentro del fenómeno sucesorio. En este sentido, NICOLÒ atribuye decisiva importancia a la vocación otorgando a la designación un segundo plano.<sup>111</sup>

Verdaderamente, si la designación es anterior a la apertura de la sucesión, los designados carecen de derecho alguno toda vez que el artículo 657 Cc dispone: “*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”. Por tanto, será una vez muerto el causante (o en su caso tras la declaración de fallecimiento), cuando la designación adquiere relevancia jurídica al nacer el derecho a heredar del designado.<sup>112</sup> Sin embargo, es en este momento cuando, deja de ser

---

<sup>110</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “La designación...”, *cit.* 1962, pág. 737, *idem* “La designación, la vocación y la delación sucesorias”, en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, Instituto de España, 1981, pág. 134; P. BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, “Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario”, *RDP*, 1955, pág. 1126; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, t. I, 2<sup>a</sup> edic. revisada, ampliada y puesta al día, Barcelona, Bosch, 1995, pág. 145; J. M. GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid, Civitas, 1996, pág. 154.

<sup>111</sup> R. NICOLÒ “La vocazione ereditaria diretta e indiretta”, *Annali Messina*, 1934, pág. 16 entiende que la designación es un elemento de hecho que por si solo carece de relevancia jurídica, un presupuesto de hecho de la vocación irrelevante de cara al fenómeno sucesorio. En la misma línea se encuentra R. DE RUGGIERO (*Instituciones de Derecho Civil*, vol. II *Derecho de obligaciones, Derecho de familia, Derecho hereditario*, trad. 4<sup>a</sup> ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santacruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1931, pág. 984) quien, omitiendo la designación, habla directamente de vocación hereditaria como el llamamiento hecho por la ley o por el testador voluntariamente a una persona determinada para que recoja la herencia, el cual es virtual hasta el momento de apertura de la vocación en el que la vocación pasará a ser efectiva.

<sup>112</sup> Esta parece ser la postura adoptada, entre otros por J. L. LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo de 7 de julio de 1981*, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 41) quien, si bien no de un modo explícito, sí se puede entender implícitamente de sus palabras. En efecto, al hablar del fenómeno sucesorio manifiesta, sin ni siquiera aludir a la designación, que éste consta de cuatro fases, siendo la primera la apertura de la sucesión, que tiene lugar con la muerte, y subraya “La sucesión de una persona se abre siempre y forzosamente en el momento de su

designación para convertirse en vocación o lo que es lo mismo, llamamiento del sujeto a la herencia. Es por ello que, tal como manifiesta la generalidad de nuestra doctrina, ha de negarse la autonomía de la designación dentro del fenómeno sucesorio.

Un sector minoritario, partidario de la de la tesis expansiva, apoya por el contrario que la designación constituye un momento autónomo y esencial del fenómeno sucesorio, por cuanto absorbe la vocación y da lugar a su efecto esencial que es la delación. Según esta postura, la designación constituye el momento clave de la sucesión. Destaca en este grupo GARCÍA-BERNARDO LANDETA, quien mantiene que la designación “constituye el título jurídico para toda adquisición por causa de muerte”. Añade además, que no es cierto que la designación cobre relevancia jurídica tras la muerte del causante, ya que en determinados supuestos, como el de representación sucesoria o la sustitución vulgar, la designación cobrará relevancia jurídica antes de la muerte del causante, por cuanto una designación anterior frustrada sirve de pauta para fijar el contenido de los derechos hereditarios de los llamados en su lugar.<sup>113</sup>

Sin embargo, esta última teoría denomina designación a lo que la gran parte de la doctrina considera vocación. En efecto, la designación, como se señaló más arriba, carece de relevancia antes de la apertura del fenómeno sucesorio, ya que puede ser cambiada en cualquier momento hasta la muerte o declaración de fallecimiento del *cuius*, que se cuando adquiere relevancia. Pero en ese momento deja de ser designación para convertirse en vocación, siendo ésta la que realmente despliega sus efectos.<sup>114</sup>

En el supuesto del derecho de representación, entre otros que se ubican dentro de lo que se denomina designación indirecta, manifiesta GARCÍA-BERNARDO

---

muerte; no antes ni después (...). Es el artículo 657 Cc el que deja claro que el fallecimiento de una persona determina la apertura de la sucesión.

<sup>113</sup> Cfr. A GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Designación “*mortis causa*”, vocación hereditaria y adquisición automática”, *RDN*, abril-junio, 1959, págs. 87 a 89. *Idem* en *La legítima en el Código civil*, 2ª ed., Madrid, Colegios Notariales de España, 2006, págs. 142 y ss.

<sup>114</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 46 y ss.

LANDETA, que la designación produce ciertos efectos incluso antes de la muerte del causante.<sup>115</sup>

En contra VATTIER FUENZALIDA manifiesta que los supuestos de designación indirecta son irrelevantes antes de la apertura de la sucesión. Así, en el caso de nuestro instituto, lo esencial y característico es la vocación y delación, no la designación. Sin embargo, afirma el citado autor, la designación presenta una “*fisonomía peculiar*”, por cuanto coexisten dos designaciones, una a favor del representado, que no llega a desplegar sus efectos, y otra a favor del representante, siendo esta última la única que deviene eficaz al momento de la apertura de la sucesión, por estar inserta en la vocación. Por tanto, aunque hay dos designaciones virtuales, sólo interesa la que se dirige al representante al ser ésta la única eficaz.

Otra particularidad consiste en que la designación del representante es siempre legal, frente a la del representado que puede ser hecha tanto por testamento como por la ley. Esto es así, independientemente del tipo de sucesión en el que actúe la representación. En caso contrario, ésta se confundiría con la sustitución vulgar.<sup>116</sup>

Por lo que se refiere a la apertura de la sucesión, considerada como la primera fase del fenómeno sucesorio,<sup>117</sup> se produce con la muerte de una persona o su declaración de fallecimiento,<sup>118</sup> y significa que las relaciones jurídicas de la misma han

---

<sup>115</sup> A GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Designación “*mortis causa*”, vocación...” *cit.*, pág. 49.

<sup>116</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 50.

<sup>117</sup> X. O’ CALLAGHAN MUÑOZ, Compendio de Derecho civil, t. V, Derecho de sucesiones, 6ª ed., Madrid, Dijusa, 2007, pág. 44.

<sup>118</sup> La declaración de fallecimiento pone fin a la situación de ausencia legal equiparándose con la muerte. Esto se desprende del artículo 195 Cc que dispone: “*Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputarse fallecido, salvo investigaciones en contrario. Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario*”.

quedado vacantes, sin titular, de tal suerte que se convierten en herencia a la espera de un sucesor.<sup>119</sup>

Si bien ha sido objeto de discusión doctrinal el que la apertura forme o no parte del fenómeno sucesorio, cuestión sobre la que nos posicionamos afirmativamente por entender que la apertura constituye la primera fase del citado fenómeno,<sup>120</sup> la cuestión no incide de manera relevante en el objeto de nuestro estudio por lo que no entraremos a analizar con detenimiento el fondo del asunto.<sup>121</sup>

## II. LA VOCACIÓN Y LA DELACIÓN

### 1. Distinción entre categorías conceptuales

Entre la fase de apertura, que tiene lugar con la muerte o declaración de fallecimiento del *de cuius*, y la de adquisición de la herencia, tienen lugar dos momentos

---

<sup>119</sup> El artículo 657 del Código civil, (“*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”) aunque literalmente no lo dice, quiere expresar la idea de que lo que determina la apertura de la sucesión es la muerte de una persona. Sin embargo, el hecho de que la apertura de la sucesión coincida con la muerte no nos debe llevar a la equiparación de ambas, pues esta última tan sólo es el hecho que la produce. De hecho, también la declaración de fallecimiento produce la apertura de la sucesión, pues pone fin a la situación de ausencia legal equiparándose a la muerte, todo lo cual se desprende del artículo 195 del Código civil. En virtud del mismo, “*Por la declaración de fallecimiento cesa la situación de ausencia legal, pero mientras dicha declaración no se produzca, se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputarse fallecido, salvo investigaciones en contrario. Toda declaración de fallecimiento expresará la fecha a partir de la cual se entienda sucedida la muerte, con arreglo a lo preceptuado en los artículos precedentes, salvo prueba en contrario.*”

<sup>120</sup> Así lo manifiesta también el TS en numerosas sentencias. En efecto, según la STS de 4 de mayo de 2005 (RJA núm. 340) el fenómeno sucesorio comienza con la apertura de la sucesión. Dicha sentencia dice así: “*En las fases del fenómeno sucesorio, tránsito del patrimonio del causante al heredero, se parte de la apertura de la sucesión, momento inicial producido por la muerte del causante (...)*”

<sup>121</sup> En contra de nuestra opinión se encuentran autores como M. ALBALADEJO GARCÍA “La sucesión *“iure transmissionis”*”, *ADC*, julio-septiembre 1952, t. V, fascículo III, pág. 915) que entiende que la apertura es un antecedente lógico del fenómeno sucesorio y no un momento esencial del mismo. Estima a su vez este autor que la base de la discusión radica en el significado que se le otorgue al fenómeno sucesorio, en tanto en cuanto, si por el mismo se entiende la transmisión *mortis causa*, la apertura forma parte de éste, lo cual no ocurrirá si por fenómeno sucesorio se entiende la adquisición *mortis causa*. En la misma línea se encuentra también R. NICOLÓ (*op. cit.*, pág.10) quien considera la apertura de la sucesión, no como un momento autónomo del fenómeno sucesorio, sino como un hecho que condiciona la eficacia, un presupuesto esencial un antecedente lógico de su existencia actual.

esenciales del fenómeno sucesorio: la vocación y la delación, ya que éstos ponen fin a la denominada herencia deferida.<sup>122</sup>

Ambos conceptos han sido estudiados profundamente por la doctrina italiana. Sin embargo, no siempre se ha llegado a resultados satisfactorios al mezclar en ocasiones ambas figuras sin deslindarlas suficientemente. En este sentido se ha hablado de la delación como “aspecto objetivo de la vocación” pero construyendo ambas dos aspectos del mismo fenómeno.<sup>123</sup> Sin embargo, hay quienes las diferenciaron claramente al considerar la vocación como “fuente o título de la sucesión”, y la delación como “derecho a la herencia”, que puede no coincidir en el tiempo con aquélla.<sup>124</sup>

Para nuestra doctrina tradicional, ambos momentos no se distinguían, de tal suerte que tanto el llamamiento al sucesor a la herencia como la posibilidad de aceptarla o repudiarla, se concentraban en una misma fase del fenómeno sucesorio denominada delación de la herencia.<sup>125</sup> Será la doctrina moderna la que supere esta idea distinguiendo ambos conceptos.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> La distinción entre vocación y delación ha sido objeto de la doctrina moderna, pues, en la antigüedad no se distinguían, los dos eran una misma cosa. Así por ejemplo, A GARCÍA-BERNARDO LANDETA, (“Designación “*mortis causa*”, vocación...” *cit.*, págs. 81 y ss.) afirma en lo relativo a la vocación y la delación, que ambas constituyen dos modos de denominar al mismo fenómeno jurídico, “dos términos que tienen idéntico contenido”.

<sup>123</sup> R. NICOLÓ, “La vocazione ereditaria diretta e indiretta”, *Raccolta di Scritti*, I, Milano, 1980, págs. 3 y ss.; A. CICU, *Derecho de sucesiones*, Parte General, Bolonia, 1964, pág. 92.

<sup>124</sup> L. CARIOTTA-FERRARA, *Le Successioni per causa di morte*, Parte Generale, I, Napoli, 1958, págs. 76 y 77.

<sup>125</sup> *Cfr.*, entre otros: M. ROYO MARTÍNEZ, *Derecho Sucesorio*, “*mortis causa*”, Sevilla, Edelce, 1951, págs. 59 y 60; A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, (“Designación “*mortis causa*”, vocación...” *cit.*, pág. 81) manifiesta al respecto que “se trata de dos denominaciones del mismo fenómeno jurídico, es decir, dos términos que tienen idéntico contenido”; F. CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho Civil Español t. III Derecho de sucesiones*, ed. revisada y puesta al día por A. de Cossío y A. Gullón, Madrid, 1959, pág. 27) entiende que la delación es el llamamiento que otorga el título de preferencia para adquirir la herencia que se puede hacer de dos modos, por voluntad del hombre manifestada en el testamento o, a falta del primero, por disposición de la ley”.

<sup>126</sup> *Cfr.* J. L. LACRUZ BERDEJO, *cfr. Derecho de sucesiones, Parte General*, “*Tratado teórico-práctico de Derecho civil*”, de J. L. LACRUZ y M. ALBALADEJO, V-1, Barcelona, 1961., págs. 131 y 156 y ss. También en *Elementos... cit.*, 1981, págs. 42 y 43., donde afirma que la vocación “es el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del *de cuius* por voluntad de éste o, en todo caso, de la ley”, sin embargo, la delación consiste en palabras de este autor en el ofrecimiento de la herencia;

Así, la vocación consiste en el llamamiento de todos los posibles herederos en el momento de la muerte del causante, ya sea por su voluntad o por la ley. Este llamamiento puede ser actual o virtual, a un heredero de primer grado o a otros, para el caso de que el primero no llegase a suceder.<sup>127</sup> Consecuentemente, todos aquellos cuya relación con el *de cuius* suponga una expectativa de llegar a ser herederos, son llamados en el momento de la muerte, es decir, son destinatarios de la vocación. No sólo las personas instituidas por el testador, sino también, todos aquellos que en virtud de la ley puedan suceder al causante siempre y cuando sean aptas legalmente para sucederle al momento de la muerte.<sup>128</sup>

Por su parte, la delación, no constituye un llamamiento, sino que es “la atribución de la facultad de aceptar o repudiar la herencia o legado, que reconoce la ley a aquellos que han recibido una vocación efectiva”.<sup>129</sup> Se inicia cuando nace la posibilidad de aceptar la herencia. Supone un paso más, pues consiste en el ofrecimiento de la herencia a quien o quienes habiendo sido convocados por disposición del testador, o bien por ley se encuentran en primer término dentro del orden de posibles sucesores. No sólo hay una persona determinada y existente que es llamada a la herencia, sino que además puede aceptar. Por tanto la característica de la delación es la posibilidad inmediata de suceder.<sup>130</sup> Por consiguiente, la delación constituye una consecuencia de la

---

C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 55 y 56; M GITRAMA GONZÁLEZ *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XIV, dirigidos por M. ALBALADEJO, EDERSA, Madrid, 1989, págs. 3 y 4), quien afirma que la doctrina moderna distingue ambos momentos y que la delación es “la atribución a una persona del derecho de suceder mortis causa”, y la vocación equivale al “llamamiento de los posibles sucesores en el momento de la muerte del *de cuius*, por la voluntad sea de éste, sea de la Ley; J. L. DÍEZ PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil IV*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, pág. 301; X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 45 y 46.

<sup>127</sup> Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 131; J. L. DÍEZ PICAZO/A. GULLÓN, *op. cit.*, págs. 301 y 302.

<sup>128</sup> Por lo tanto, además de los testados, también son vocados todos los posibles herederos intestados hasta el último posible, es decir, el Estado.

<sup>129</sup> J. M. GARCÍA GARCÍA, *La sucesión... cit.*, pág. 155. Afirma este autor que “la delación no es un llamamiento, sino que es la atribución de la facultad de aceptar o repudiar la herencia o el legado, que reconoce la ley a aquellos que han recibido una vocación efectiva”.

<sup>130</sup> Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 131.

vocación en cuanto que para que la herencia pueda ser ofrecida a un sujeto, éste ha tenido que ser llamado con anterioridad. La delación concede al vocado el derecho de aceptar o repudiar la herencia (*ius delationis*).

Abierta la sucesión, el fenómeno sucesorio se desenvuelve a través de la vocación y la delación. Sin embargo, ambos difieren entre sí. Lo que sí ocurre es, como afirma LACRUZ BERDEJO, que la delación presupone la vocación, pero no al contrario.<sup>131</sup> En virtud de la primera, resultan llamados todos los posibles sucesores del causante, con arreglo al testamento o a la ley. La vocación es, por tanto, el llamamiento *in abstracto* a una eventual sucesión. Sin embargo, para que una persona sea heredero, no es suficiente que sea llamada sino que la herencia le debe ser ofrecida para su aceptación. Así, por la delación se ofrece al llamado el *ius delationis*, es decir, el derecho a adquirir la herencia mediante su aceptación.<sup>132</sup>

Vocación y delación suelen coincidir en el tiempo dándose lo que ROCA SASTRE denomina vocación con delación inmediata. En estos casos normales, ambos tienen lugar al momento de la apertura de la sucesión a favor, como veremos luego, de un llamado que reúna los requisitos exigidos para poder ser tal. Al mismo tiempo se dará paso a la delación dirigida al mismo.<sup>133</sup> Consecuentemente, como afirma LACRUZ BERDEJO, “hay vocación, de una vez para siempre, en el momento que se es llamado a la herencia, aunque no se acepte o no haya oportunidad de aceptarla. La delación se inicia –en cambio- cuando nace la oportunidad de aceptar la herencia, y termina con la aceptación”. Por tanto, una vez abierta la sucesión, las vocaciones se dirigen

---

<sup>131</sup> Cfr. *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 157.

<sup>132</sup> Cfr. C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 63; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 157. La STS de 9 de diciembre de 1992 (RJA núm. 10130) dice literalmente “el derecho de aceptar o repudiar (*ius delationis*) (...)”.

<sup>133</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “La designación...”, *cit.* 1962, págs. 746 y 147, y “La designación...”, *cit.*, 1981, págs. 142 y 143; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 156.

simultáneamente a todos aquéllos que son aptos para suceder al causante, mientras que la delación surge sólo en el momento en que el llamado puede aceptar.<sup>134</sup>

Sin embargo, hay excepciones a estos supuestos normales en los que vocación y delación no coinciden en el tiempo, a saber, llamamiento bajo condición suspensiva y sustitución vulgar. En el primer caso, pendiente la condición, el llamado condicional adquiere la vocación, sin embargo no va a ser delado, ya que la delación se retrasa hasta el momento en que la condición se cumpla. Es lo que se denomina delación diferida. En cuanto al segundo supuesto, también aquí hay vocación a favor del sustituto vulgar, sin embargo ésta encuentra subordinada su eficacia a que el llamado en primer lugar repudie, la delación es sucesiva y surge una vez que la repudiación se cumpla.<sup>135</sup> Dejando a un lado la sustitución vulgar para el supuesto de renuncia, la cuestión no es tan clara cuando la sustitución opera en los casos en que el primeramente instituido no puede aceptar la herencia, ya sea por premuerte, ya por incapacidad. En ambos casos, entendemos que nos encontramos ante el supuesto normal de vocación con delación inmediata, pues de forma semejante a lo que ocurre, como se expresa a continuación, respecto a la representación sucesoria, el premuerto o incapaz no es vocado. En este caso de sustitución vulgar, sin embargo, no será la ley, sino la voluntad del causante, la que determina el llamado a la herencia. Consecuentemente, el premuerto o incapaz de suceder no es vocado, pues no cumple los presupuestos necesarios de aptitud al respecto, de tal suerte que la vocación se dirige directamente al sustituto desencadenándose de modo simultáneo a la vocación, la delación a su favor en el

---

<sup>134</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, págs. 157 y 161. También, R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “La designación...”, *cit.* 1962, págs. 744 y ss., id. “La designación...”, *cit.* 1981, págs. 146 y ss.

<sup>135</sup> F. JORDANO FRAGA, *La sucesión en el “ius delationis” una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”*, Madrid, Civitas, 1990, págs. 190 y ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 64; J. M. GARCÍA GARCÍA, *La sucesión... cit.*, pág. 156.; R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “La designación...”, *cit.* 1962, págs. 760 y ss., y “La designación...”, *cit.*, 1981, págs. 143 y ss. Como se estudiará más detenidamente, la no coincidencia temporal entre vocación y delación, en el supuesto concreto de un sujeto llamado bajo condición suspensiva, admitiendo que tiene lugar la vocación quedando la delación aplazada o suspendida hasta que la condición se cumpla constituye el sentir general de nuestra tradición jurídica frente a quienes entienden que, por el contrario, también existe delación a la que denominan “*delación condicional*”. Vid. también, “La designación...”, *cit.* 1981, págs. 144 y ss.



momento de apertura de la sucesión. Así pues entendemos que en estos casos de sustitución vulgar, tiene lugar la vocación con delación inmediata.

Si bien el derecho de representación presenta una fisonomía peculiar, no pertenece a estos supuestos especiales. Su estructura se encuadra en la hipótesis normal de vocación con delación inmediata pues, el representado carece de aptitud legal para ser llamado, por haber premuerto o ser incapaz de suceder, y por tanto no puede haber vocación a su favor. Así, la vocación se dirige, por obra de la ley, directamente al representante al momento de apertura de la sucesión y simultáneamente se desencadena, a favor del mismo sujeto la delación.<sup>136</sup>

## 2. Presupuestos de la vocación

El estudio de los presupuestos exigibles para que la vocación tenga lugar es esencial. En efecto, el hecho de que nuestro instituto opere cuando el llamado en primer lugar premuere, es incapaz o ha sido desheredado, conlleva la necesidad de averiguar si la falta de vocación con respecto a este sujeto ha de ser considerado como un presupuesto necesario y exigible para que tenga lugar la representación sucesoria.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, quien afirma que la peculiaridad de la representación radica en el modo en que opera la sucesión *iure repraesentationis*, sobre todo en lo relativo a la determinación del representante y del *quantum* que se le ofrece (*vid. op.cit.*, págs. 66 y 67). En este sentido, entiende que, dada la imposibilidad del representado para suceder, la herencia se ofrece directamente al representante, por lo que hay una vocación directa y una delación indirecta en el sentido de que supone la existencia de un llamamiento legal al representante por un *quantum* predeterminado por el que habría correspondido al representado, cuyo llamamiento no ha tenido lugar (pág. 63).

<sup>137</sup> Al respecto, C. VATTIER FUENZALIDA (*op. cit.*, pág. 36) entiende que tanto la vocación como la delación no tienen lugar en los supuestos en los que su destinatario premurió al *de cuius* o bien es incapaz de sucederle con lo que pasan *ex lege* al representante mediante la técnica de la vocación y delación indirectas.

En principio, en virtud de la regla general establecida por el Código civil, todo sujeto de derecho puede ser heredero o legatario.<sup>138</sup> No obstante, la ley exige una serie de requisitos para suceder, y por lo tanto para poder ser llamados a la sucesión. Estos son, en primer lugar, ser persona, ya sea física o jurídica; en segundo lugar es preciso sobrevivir al causante y, por último, el sujeto que va a recibir la herencia o legado ha de ser digno para ello.

#### A) *La personalidad*

La vocación exige como primer presupuesto la personalidad. Para ser llamado es preciso ser persona, exigencia que se desprende de las denominadas incapacidades absolutas.<sup>139</sup> Éstas, a pesar de su denominación y de que se encuentran reguladas en el Código civil bajo el título “*De la capacidad para suceder por testamento o sin él*”, más que incapacidades suponen la exclusión a ciertos entes por el hecho de no ser personas.<sup>140</sup> Al respecto, PÉREZ DE VARGAS se manifiesta en los siguientes términos: “(...) a las mal llamadas incapacidades absolutas, que, realmente, no son tales incapacidades, sino supuestos de hecho en los que lo que verdaderamente falta es la existencia de sujetos de Derecho que puedan suceder (...). Lo que hay no es una ausencia de capacidad, sino de personalidad jurídica, razón por la cual una eventual vocación hereditaria a favor de cualquiera de esos entes del artículo 745 Cc deviene ineficaz”.<sup>141</sup>

---

<sup>138</sup> Así se desprende de la lectura del artículo 744 Cc, en virtud del cual, “*Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley*”.

<sup>139</sup> Éstas se encuentran reguladas en el artículo 745 Cc que dispone que “*Son incapaces para suceder: 1º. Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30. 2º. Las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley*”.

<sup>140</sup> Al respecto entiende F. HERNÁNDEZ GIL (“La indignidad sucesoria, naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos”, RDP, t. XLV, Madrid, 1961, pág. 408) que, debido a que el Código civil califica como de incapacidad los casos de inexistencia, no hay, técnicamente hablando, incapacidades absolutas para suceder, ya que la incapacidad supone la existencia de la persona. *Vid.* M. DE LA CÁMARA, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, La Ley, 1999, págs. 45 y ss.

<sup>141</sup> J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pág. 19.

En este sentido, quedan excluidos de ser vocados las “*criaturas abortivas*”, entendiéndose por tales aquellos nacidos que no tengan figura humana ni hayan vivido desprendidos del seno materno veinticuatro horas (art. 30 Cc).<sup>142</sup>

El requisito de la personalidad afecta tanto a las personas físicas como a las jurídicas, pues estas últimas también son capaces de suceder (art. 38 Cc). Sin embargo, nuestro estudio se centrará exclusivamente en las primeras, ya que sólo respecto a ellas es de aplicación el derecho de representación.

a) Coexistencia entre causante y causahabiente

El segundo de los requisitos para que tenga lugar el llamamiento a la herencia, consiste en la existencia simultánea entre el causante y el que va a ser llamado. Este presupuesto, si bien no está enunciado con carácter general en el Código civil, se encuentra, como veremos a continuación, latente en varios preceptos de dicho texto legal.

La necesaria coexistencia entre causante y causahabiente se manifiesta en dos aspectos, a saber, la exigencia de que el sujeto que va a ser llamado exista todavía y exista ya al momento de la muerte del *de cuius*.

En lo relativo al primer aspecto, éste no es discutido por la doctrina, pues la supervivencia al causante viene impuesta en ciertos preceptos de nuestro Código civil, de tal suerte que su falta conlleva a que el llamamiento devenga ineficaz e inoperante y se tendrá por no hecho. En este sentido se manifiesta el artículo 766 Cc, en virtud del cual, “*el heredero voluntario que muere antes que el testador, (...), no transmiten*

---

<sup>142</sup> Así denomina el Código civil en su artículo 745.1º a quienes no cumplen los requisitos del artículo 30 en virtud del cual, “*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”.

*ningún derecho a sus herederos, (...)”*. Sin embargo, el precepto no es del todo exacto, pues no es suficiente no morir antes, sino que además es preciso, tal y como se desprende del artículo 33 Cc, que sienta el principio de la comoriencia, sobrevivir al causante.<sup>143</sup>

Asimismo, conviene apuntar el artículo 758.1º Cc, por cuanto constituye la clave de todo. Verdaderamente, si en virtud de éste es necesario atender al momento de la muerte del causante para calificar la capacidad del sucesor, dicho precepto presupone la exigencia de que aquél sobreviva a éste.<sup>144</sup>

Por lo que respecta al segundo supuesto, que exista ya, éste es más controvertido. En efecto, éste plantea, no sólo la cuestión del *nasciturus*, sino también la posibilidad de que pueda ser llamado a la herencia aquél que ni siquiera haya sido concebido. Ambos supuestos han de incluirse dentro del supuesto de llamamiento bajo condición suspensiva, siempre y cuando, por lo que respecta a la designación de los *concepturus*, se admita que éstos pueden ser instituidos directamente sin necesidad de acudir a una sustitución fideicomisaria.<sup>145</sup> Por tal razón, estudiaremos en primer lugar la institución bajo condición suspensiva, para tratar después los citados supuestos.

---

<sup>143</sup> Art. 33 Cc, “*Si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro*”.

<sup>144</sup> Art. 758.1º Cc, “*Para calificar la capacidad del heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate*”.

<sup>145</sup> La cuestión de la institución al *concepturus* es discutida por la doctrina. Hay un sector doctrinal que estima que no hay posibilidad de que éstos sean instituidos directamente, sino que entienden que en nuestro Derecho positivo no puede plantearse el llamamiento al que no ha sido concebido sino sólo embebido en la sustitución fideicomisaria (*Vid.* A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Preterición formal y material y nulidad de la institución”, *ADC*, abr.-jun., 1969. pág. 91), en cuyo caso, no supondría un llamamiento sujeto a condición suspensiva). No obstante, “*los llamamientos a favor de “nondum concepti” son posibles en nuestro ordenamiento siempre que los favorecidos sean identificables*” (RDGRN de 29 de enero de 1988 (*RJA*, núm. 316).

b) Institución de heredero bajo condición suspensiva

La posibilidad de llamamiento a la sucesión bajo condición, así como el llamamiento a persona no determinada, pero determinable, es indiscutible en nuestro Derecho al regularla expresamente el Código civil.<sup>146</sup>

Ante esta cuestión, nuestra doctrina discrepa acerca del momento en el que tiene lugar la delación. Efectivamente, no existe duda alguna sobre la vocación, ya que desde el mismo instante en que se abre la sucesión, serán llamados a ésta todos aquellos que tienen una expectativa de llegar a suceder al causante.<sup>147</sup> Así pues, la cuestión que procede resolver en el presente epígrafe, es si el llamado sujeto a condición suspensiva adquiere una delación eficaz, que le permita aceptar o repudiar la herencia del causante, una vez abierta la sucesión del mismo, y antes de que la condición se cumpla, o, si por el contrario, tiene lugar la denominada delación retardada donde la posibilidad actual de aceptar o repudiar la herencia queda diferida o suspendida, a la espera de que dicha condición se cumpla.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> Efectivamente, ambos llamamientos los regula el Código civil en los artículos 790, en virtud del cual, “*Las disposiciones testamentarias, tanto a título universal como particular, podrán hacerse bajo condición*”, y 750 que expresa literalmente que “*Toda disposición a favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta*”.

<sup>147</sup> Tal y como apunta J. L. LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones.... cit.*, págs 161 y 162), en nuestro Derecho moderno impera el sistema denominado de “vocaciones eventuales”, de tal suerte que “*todos aquéllos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos, testamentarios o abintestato, son llamados en el momento mismo de la muerte*”. Por lo tanto, en base al sistema imperante, el llamado a la sucesión sujeto a condición es un eventual heredero del causante con lo cual será vocado a aquélla. F. JORDANO FRAGA (*op. cit.*, págs. 206 y 207) se encuentra en la misma línea en tanto en cuanto afirma que “*en el Código civil, el sujeto titular de un llamamiento testamentario suspensivamente condicionado (...). Pero, en cambio, sí es sujeto, ya desde el momento de la apertura de la sucesión, del testador-causante, de una vocación, de un llamamiento eficaz (...)*”. También se manifiesta en este sentido M. GITRAMA GONZÁLEZ (*Comentarios... cit.*, pág. 4) afirmando que si el llamado lo es bajo condición suspensiva sí habrá vocación.

<sup>148</sup> Es importante hacer referencia expresa a la condición suspensiva, ya que, como manifiesta F. JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pág. 190 y 191) sólo respecto de ella surge la controversia acerca de la delación. En efecto, si la condición bajo la que se realiza el llamamiento sucesorio fuera resolutoria, “*es indiscutible que el llamado testamentariamente bajo la misma, es titular de una delación efectiva desde la apertura de la sucesión del causante testador (...)* y lo mismo sucede, antes de la adquisición de la herencia, con la propia delación condicional: ésta sobreviene ineficaz (*ex tunc*) –para el llamado o sus herederos: éstos adquieren la misma delación de aquél, sujeta, igualmente, al evento resolutorio- cuando la condición se cumple”). En el mismo sentido se manifiestan, entre otros, M. GITRAMA GONZÁLEZ,

La doctrina mayoritaria, siguiendo la línea de nuestra tradición jurídica,<sup>149</sup> y conforme al artículo 991 Cc, en virtud del cual “*Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia*”, opta por dar a esta controversia una respuesta negativa, de tal manera que, “*ínterin no acontezca el hecho futuro e incierto en que consista la condición, no hay delación*”.<sup>150</sup> En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo, resolviendo en

---

*La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950, pág. 31, nota 13; B. PÉREZ GONZÁLEZ- J. ALGUER, *Anotaciones a Enneccerus/Nipperdey, Tratado de Derecho civil*, I, 2, segunda parte, Barcelona, 1981, pág. 698

<sup>149</sup> El aplazamiento o suspensión de la delación en dicho supuesto fue adoptado en Las Partidas. Éstas, inspiradas en el *Derecho romano*, que no admitía la condición resolutoria en materia sucesoria, estiman que el instituido bajo condición suspensiva no era titular del *ius delationis*. Ley XIV, Tít. VI, P. VI, en virtud de la cual:

Ley XIV, “*Como deue ser cierto el heredero de la muerte de aquel quel establesco, ante que entre la herencia; otrosi, si es atal ome que gela podria dexar.*”

*Cierto deue ser el que es establecido por heredero, o ha derecho de heredar los bienes de otri por parentesco, de la muerte de aquel a quien quiere heredar. Ca de mientra que durare, si es biuo, o muerto, non puede entrar, nin ganar la heredad del; nin la puede renunciar, maguer quiera. E otrosi, el que fuesse establecido por heredero so laguna condicion, non puede entrar la heredad, nin desampararla, fasta que la condicion sea complida. E aun dezimos, que todo ome que establescrien por herdero, deue ser cierto de la persona de aquel que lo establece, si es ome que pueda fazer testamento, o non. Ca, si tal ome fuere, a quien defiendan las leyes deste libro, que non pueda fazer testameto, non puede el heredero entrar la herencia de tal ome. E como quier que la entre, non gana derecho ninguno en ella. Mas si el heredero dubdasse de la condicion de si mismo, si por si, segund derecho, podria ganar la heredad, o non, tal dubda no le empesce. E esto seria, como si dubdasse, si era salido de poder de su padre, o non; o si era sieruo, o forro. Ca, maguer dubdassen en alguna destas cosas, o en otra semejante dellas, non se le embarga porende, que non pueda entrar, e ganar la heredad; pues que cierto es, que el testamento vale, e que lo fizo aquel que auia poder de lo fazer”.*

<sup>150</sup> A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA (“Preterición...” *cit.*, pág. 91). Partidarios de esta teoría se muestran numerosos autores de la doctrina moderna, entre ellos destacamos a M. GRITAMA GONZÁLEZ (*Comentarios.... cit.*, pág. 4) quien alega al respecto que si la delación consiste en la atribución del derecho de suceder, entonces es de lógica el excluirla en el momento de la apertura de la sucesión en el supuesto de institución de heredero sujeto a condición suspensiva, habida cuenta que aquélla depende de que se verifique la condición. La misma tesis mantiene este autor en *La administración..., cit.*, pág. 30; R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de transmisión”, *Estudios de Derecho Privado, II*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, pág. 295, *id.*, “La designación...”, *cit.* 1962, págs. 747 y ss. y “La designación...”, *cit.* 1981, págs. 145 y ss.; M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión...”, *cit.*, pág. 926, donde afirma que “*la sola apertura de la sucesión no atribuye a un sujeto el poder actual de adquirir la herencia, la delación a su favor se retrasa, hasta que, con la realización de un nuevo evento futuro, tiene lugar tal atribución*”. En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. X, vol. 1º, Madrid, EDERSA, 1987, págs. 252 y ss. mantiene que mientras no se cumpla la condición bajo la que fue llamado el sujeto, si esta fuera suspensiva, “la institución no produce efectos, ni por tanto, tiene lugar la delación a favor del instituido, que, por ello, no adquiere aún derecho a la herencia o legado”; F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, págs. 190 y ss., partidario de esta teoría, no obstante matiza que el hecho de que de *lege data* la cuestión esté resuelta de este modo no implica que sea por ello necesariamente la única pausable ni la más acertada. En este mismo sector doctrinal L. Díez-Picazo y

numerosas sentencias que el llamado bajo condición suspensiva no adquiere, “*pendente condicione*”, derecho alguno a los bienes dejados por el testador.<sup>151</sup>

Consecuentemente, según la tesis mayoritaria, “El heredero bajo condición suspensiva es un supuesto de delación retardada, donde se contempla una designación vigente después de abierta al sucesión sin delación simultánea”.<sup>152</sup>

Constituye esta nuestra tradición jurídica, ya que era la solución que, inspirada en el *Derecho romano* adoptan nuestras Partidas<sup>153</sup>. Además ha pasado a través de sus antecedentes más inmediatos a los textos legales vigentes. Así por ejemplo, el hecho de

---

ANTONIO GULLÓN (*op. cit.*, págs. 356 y 357), quienes afirman que, entre otras razones, en base al artículo 991 del Código civil, no puede hablarse de existencia de una delación condicional, sino que en el supuesto de institución heredero bajo condición suspensiva, la delación no tendrá lugar hasta que la condición se cumpla. Pese a que apoyen esta postura, es cierto que admiten que la misma es perfectamente criticable desde un punto de vista práctico y advierten que esta postura se mantiene para el supuesto en el que el testador condicione suspensivamente tanto la adquisición de la cualidad de heredero como la entrada definitiva y plena en la sucesión de los bienes, sin embargo si el testador sólo condiciona esta última, la delación se producirá desde el momento mismo de la apertura de la sucesión. La misma solución se da en el Derecho catalán, L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRÍAS (*Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, 1 ed., Barcelona, Bosch, 1987, pág. 391) alegan al respecto que los herederos llamados bajo condición suspensiva no son titulares del *ius delationis* hasta el momento en que la condición se cumpla; X. O’CALLAGHAN MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 134 y ss.

<sup>151</sup> Vid., SSTs de 17 de marzo de 1934 (RJA núm. 466) “*que siendo la esencia de la condición suspensiva la dilación en la formación de un derecho en tanto pende la realidad del hecho ordenado, es creadora de un estado jurídico de incertidumbre respecto del nacimiento de aquél, que no desaparece sino con la ocurrencia del evento puesto como condición, sin la cual no hay adquisición de los derechos, como dice el artículo 1114 del Código civil*”; 20 de octubre de 1954 (RJA núm. 2636), “*el nacimiento del derecho a esas porciones de la herencia del testador (...) depende de una verdadera condición, sin que mientras estuviera pendiente pudieran adquirir aquéllas (las llamadas condicionalmente) derecho alguno a los bienes (...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1114, en relación con el 791 del Código civil*”; 6 de diciembre de 1957 (RJA, núm. 3574), “*que no ofrece duda la validez de la condición suspensiva, que hace depender la adquisición del derecho a la herencia o legado de su cumplimiento, por lo que pendiente condicione no se adquiere el derecho*”; 26 de enero de 1959 (RJA, 1959, núm. 443), “*que no ofrece duda la validez de la condición suspensiva que hace depender la adquisición del derecho de nuda propiedad de un legado de cumplimiento de aquélla (...) por lo que “pendente condicione” no se adquiere el derecho (...)*”; 4 de febrero de 1970 (RJA núm. 524); 3 de noviembre de 1989 (RJA, núm. 7847).

<sup>152</sup> A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Preterición...” *cit.*, pág. 92.

<sup>153</sup> Partida sexta, Ley 14, Título VI: “*Cierto debe ser el que es establecido por heredero, o ha derecho de heredar los bienes de otri, por parentesco, de la muerte de aquél a quien quiere heredar. Ca de mientra que dubdare, si es bivo o muerto: no puede entrar, ni ganar la heredad dél, nin la puede renunciar, maguer quiera. E otro sí, el que fuesse establecido por heredero so alguna condición: non puede entrar la heredad, nin desampararla, fasta que la condición sea cumplida*”.

que el Código civil no permita, según lo dispuesto en el artículo 990 Cc,<sup>154</sup> que la aceptación y la repudiación de la herencia se realicen bajo condición parece presuponer que no habrá delación mientras esta esté presente. Si bien es cierto que la norma está pensando en otra situación, entendemos que no por ello deja de ser aplicable a este supuesto, ya que desde el instante en que el ofrecimiento de la herencia es condicional, también la aceptación o repudiación de la misma se encuentra sujeta a un hecho incierto y por lo tanto a una condición.

Lo mismo se desprende del citado artículo 991 Cc, que constituye uno de los fundamentos esenciales para negar la viabilidad de la delación condicional, al exigir que el llamado, para poder aceptar o repudiar la herencia, ha de estar “*cierto (...) de su derecho a la herencia*”. Por lo tanto, de la norma se deduce que el llamado a la sucesión bajo condición suspensiva, no estará cierto de su derecho hasta el momento en el que dicha condición se cumpla.<sup>155</sup> Es esencial distinguir, que el artículo 991 Cc es de aplicación tan sólo a la condición suspensiva, no a la institución sujeta a término, aunque este fuera incierto, puesto que es la incertidumbre del hecho que ha de acontecer lo que da lugar a su aplicación.

Asimismo aludimos, para fundamentar nuestra teoría, al artículo 758 Cc, que en relación al momento a que hay que atender para calificar la capacidad del llamado a la sucesión ya sea como heredero ya como legatario, establece como regla general, en su párrafo primero, que “*se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate*”. No obstante, el párrafo tercero de este precepto añade una exigencia cuando el llamado lo ha sido bajo condición suspensiva, dado que en este caso “*se*

---

<sup>154</sup> Art. 990 Cc: “*La aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse en parte, a plazo, ni condicionalmente*”.

<sup>155</sup> Precisamente el artículo 991 Cc, es uno de los preceptos esenciales en los que se basa la doctrina para argumentar que la delación queda diferida hasta que la condición se cumpla. En este sentido se manifiesta, entre otros, F. JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pág. 199) al afirmar que “es sólo lo dispuesto en el artículo 991 Cc y normas concordantes, el único (pero decisivo) obstáculo que impide el acogimiento en nuestro Derecho del planteamiento de la delación condicional desde el momento de la apertura de la sucesión”.



*atenderá además al tiempo en que se cumpla la condición*”,<sup>156</sup> todo lo cual parece indicar que éste es el momento en el que habrá una delación eficaz.<sup>157</sup> Este precepto, que hace referencia al momento en que habrá de calificarse la capacidad del heredero o legatario, en su último párrafo, referido la sucesión bajo condición suspensiva, exige para calificar la capacidad no sólo que ésta se tenga al momento de la muerte del causante, sino que “*además*”, el llamado debe ser capaz en el momento en que la condición se cumple. Por lo tanto, si no es capaz en este instante, no cabe llamamiento, o lo que es lo mismo, no habrá delación.

También el artículo 912 del Código civil<sup>158</sup> sirve de argumento para negar la delación antes de que la condición se cumpla, pues si este precepto entiende en su párrafo tercero que se abre la sucesión legítima por haber faltado la condición, esto supone que no tuvo lugar la transmisión, consecuentemente, tal como señalábamos en párrafos anteriores, si ésta no tuvo lugar es porque no se adquirió, pendiente la condición, ningún derecho.

Consecuentemente, se puede concluir, en coincidencia con nuestra doctrina mayoritaria ya citada y jurisprudencia vista del Tribunal Supremo, que pendiente la condición, la delación queda diferida o suspendida en tanto dicha condición no se cumpla.

---

<sup>156</sup> La condición a la que se refiere este precepto es, sin duda, la suspensiva, pues si bien no lo especifica expresamente, cuando la condición es resolutoria, “*el llamado lo es sin más al morir el causante, y le basta ser capaz entonces*” (M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios... cit.*, pág. 252).

<sup>157</sup> En este caso, la capacidad es exigida en dos momentos, a la muerte del testador y “*además*” en el momento en que la condición se cumpla (M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios... cit.*, págs. 252, 253; S. DÍAZ ALABART, *Comentarios... cit.*, pág. 1876). Al respecto, F. JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pág. 193, nota. 237) estima que si bien el hecho de que se exija la capacidad no sólo al momento de la muerte del causante sino también al tiempo de cumplirse la condición podría dar lugar a pensar que no es totalmente consecuente con el hecho de que la delación se produzca sólo en el momento del cumplimiento de la condición, esto no es una objeción grave pues el Código civil exige capacidad para suceder al momento de la apertura de la sucesión, para adquirir la expectativa de delación; y capacidad de suceder al momento del cumplimiento de la sucesión para adquirir la delación efectiva.

<sup>158</sup> Sobre el artículo 912 Cc vid., M<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, 1989, págs. 312 y ss.

No han faltado, sin embargo, autores que defienden la facultad de aceptar o repudiar la herencia desde el momento de la apertura de la sucesión y antes de que la condición se cumpla. Destaca en esta línea parte de la doctrina italiana sostenedora de la delación condicional. En virtud de esta teoría, sus defensores afirman que el llamado a la sucesión de una persona es titular del *ius delationis* desde la apertura de la sucesión, sin necesidad de esperar para ello que la condición se cumpla, aún cuando la eficacia y validez del ejercicio de la delación quedará supeditada a que aquélla termine por producirse.<sup>159</sup>

Se sirven, para fundamentar su teoría, de la aplicación analógica de lo dispuesto para el negocio condicional, así como en razones de seguridad jurídica. En este sentido, afirma CICU que la oferta de transmisión de la propiedad en el negocio *inter vivos* hecha bajo condición suspensiva no impide que ésta sea aceptada y el negocio venga a perfeccionarse, si bien sus efectos se suspenden al momento en que la condición se verifique. Así pues, el destinatario de la oferta del contrato condicional será titular de una “delación contractual condicional” que le permite aceptarla o rechazarla con anterioridad al cumplimiento de la condición. Además, añade que no hay un interés ni individual ni social en que la inseguridad inherente al evento puesto como condición, se agrave por la incertidumbre sobre la decisión que tome el llamado. Por el contrario, sí hay un interés en que cuando éste no quiera aceptar, sea sin más eliminada incluso la

---

<sup>159</sup> Vid., L. FERRI, *Rinunzia e rifiuto nel Diritto privato*, Milano, 1960, págs. 81 a 84, “La offerta o delazione può essere subito accettata o rifiutata anche se fatta sotto condizione sospensiva (...). La dottrina dominante accoglie per la delazione ereditaria la soluzione opposta (...). Ora io penso che, nonostante l’indubbio valore di tale argomento, si debba ritenere possibile e valida un’accettazione immediata (e, quindi, anche un rifiuto) di un’eredità devoluta sotto condizione sospensiva.”, también en “Disposizioni generali sulle successioni : dell’apertura della successione, della delazione e dell’acquisto dell’eredità della capacità di succedere, dell’indegnità... : art. 456-511”, en *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA/BRANCA. libro secondo, 3ª ed., Bologna-Roma, 1997, págs. 162 y sig. y 240 y ss.; A. CICU, *Le successioni*, parte generale, 3ª ed., Milano, 1947, págs. 27 a 29. No obstante, la mayoría de la doctrina italiana se muestra contraria a esta tesis, ya que estiman que el llamado bajo condición suspensiva no tiene derecho de aceptar la herencia sino sólo una expectativa de éste, que se hará efectiva cuando aquélla haya sido verificada (cfr., U. NATOLI, *La amministrazione dei beni ereditari*, t. I, Milano, 1947, pág. 324). En este sentido, afirma L. BARASSI (*Le successioni per causa di morte*, 3ª ed., Milano, 1947, pág. 414) que, “La delazione all’erede è sopesa e per conseguenza il chiamato all’eredità non può né accettare né rinunciare”.

inseguridad inherente al evento. Consecuentemente, no ve razón para excluir que de un modo análogo, instituido un heredero, bajo condición suspensiva, el llamado pueda aceptar o renunciar mientras la condición está pendiente.<sup>160</sup>

El artículo 990 Cc, sin embargo impide la aplicación por analogía en materia sucesoria de lo previsto para las obligaciones condicionales, al establecer la imposibilidad de aceptar o repudiar la herencia condicionalmente. Además, si bien es cierto que en los negocios *inter vivos* llevados a cabo bajo condición, el negocio existe antes de que la condición se cumpla, no lo es menos, que éste no producirá sus efectos sino cuando ésta tenga lugar. Por lo tanto, si en los negocios *mortis causa*, la delación es un efecto de la institución, entonces, ésta no se producirá hasta el cumplimiento de la condición. Todo lo cual viene dispuesto por el artículo 1114 Cc, que en relación a las obligaciones condicionales y de aplicación a la institución de heredero y legatario, en virtud de lo establecido en el 791<sup>161</sup> del mismo texto legal, dispone lo siguiente: “*En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición*”.<sup>162</sup>

En cuanto a las manifestadas razones de seguridad jurídica, esta teoría es criticada por JORDANO FRAGA al afirmar que resulta incongruente el admitir que el llamado a la herencia pueda repudiarla antes de que se cumpla la condición pero no aceptarla, ya que “*aceptación y repudiación de la herencia son indisociables como*

---

<sup>160</sup> A. CICU (*op. cit.*, pág. 28), “non vi é niente nella legge che escluda in questo caso l’applicazione dei principî propî del negozio condizionale. L’offerta di trasferimento de proprietà ni negozi inter vivos, fatta sotto condizione sospensiva, non impedisce che essa venga accettata ed il negozio venga così a perfezionarsi, rimanendone in sospenso gli effetti, ma producendosi frattanto alcuni effetti destinati a preservare quelli definitive. Non v’è ragione per escludere che análogamente, istituto un erede sotto condizione, il chiamato possa accettare o rinunziare in pendenza della condizione: non vi é un interesse né individuale né sociale a che l’incertezza inerente all’evento posto in condizione si aggravi dell’incertezza sulla decisione da prendersi dall’istituto; vi é invece un interesse evidente a che, ove l’istituto non intenda accettare, sia senz’altro eliminata anche l’incertezza inerente all’evento”.

<sup>161</sup> Art. 791 Cc: “*Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales*”.

<sup>162</sup> Cfr. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios... cit.*, pág. 257.

*manifestaciones de un mismo poder: el ius delationis, y han de seguir, por tanto, necesariamente la misma suerte*". Consecuentemente añade este autor, o se admite que hay delación condicional de modo que abierta la sucesión podrá ser la herencia aceptada o repudiada antes de que la condición se cumpla; o por el contrario, pendiente la condición, no habrá delación hasta que se cumpla y consecuentemente no procede ni la aceptación ni la repudiación.<sup>163</sup>

Asimismo, esta doctrina parte, para fundamentar su tesis, del hecho de que el Derecho italiano, admite la posibilidad de que los futuros padres acepten donaciones hechas a favor de los *nascituri*, como eventuales representantes.<sup>164</sup> Así, si en este supuesto existe, abierta la sucesión, una delación condicional que permite aceptar o repudiar la herencia con anterioridad a la verificación de la *condicio iuris*, entonces esto mismo ha de poder sostenerse cuando se trata de una *conditio facti*. La cuestión no es extrapolable a nuestro Derecho, el cual, previendo para el supuesto de donaciones hechas a *nasciturus* que éstas sean aceptadas por quienes le representarían legalmente (art. 627 Cc), la norma no es de aplicación analógica en materia sucesoria según se fundamentará más adelante.

Por otra parte, el propio Derecho italiano cuenta, tras la entrada en vigor del Código civil de 1942, con un argumento a favor de la delación condicional, ya que el artículo 139 de sus disposiciones transitorias, regula la transmisibilidad para los herederos de los instituidos condicionalmente en testamento, si éstos mueren a partir de una fecha determinada pero sin que haya sido verificada la condición suspensiva.<sup>165</sup> No

---

<sup>163</sup> Cfr. *op. cit.*, págs. 198 y 199.

<sup>164</sup> Art. 320 Cc it.: "*I genitori congiuntamente o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e amministrano i beni (...)*".

Art. 784.2 Cc it.: "*L'accettazione della donazione a favore di nascituri, benché non concepiti, è regolata dalle disposizioni degli articoli 320 e 321*".

<sup>165</sup> La entrada en vigor del Código civil italiano de 1942 ha venido a derogar los artículos del Código de 1865 que establecía, para los instituidos testamentariamente bajo condición suspensiva, ya sea en la herencia, ya en legados, la intransmisibilidad de todo derecho a sus herederos si éstos morían tras abrirse la sucesión del testador, primer causante, y antes de cumplirse la condición.

obstante, el mismo texto legal cuenta con un obstáculo normativo a tal posibilidad, habida cuenta que éste cuenta el plazo de caducidad para el *ius delationis*, en el supuesto de llamamientos realizados bajo condición suspensiva, no desde el momento de apertura de la sucesión, sino a partir del momento en el que la condición se cumple.<sup>166</sup>

La existencia o no de delación condicional es resuelta de modo contradictorio por los artículos 759 y 799 Cc. Tomamos como punto de partida el artículo 759,<sup>167</sup> que se ocupa de la institución de heredero o legatario bajo condición suspensiva. De la lectura de la norma se desprende que el instituido no adquiere derecho a la sucesión si no sobrevive al cumplimiento de la condición, de tal suerte que si muere antes, “no transmite derecho alguno a sus herederos” aunque hubiera sobrevivido al causante.<sup>168</sup> Por lo tanto, los herederos del llamado, que muere antes del cumplimiento de la

---

Art., 139 Disp. Tr. Cc it.: *“I diritti derivanti da una disposizione testamentaria sotto condizione sospensiva si trasmettono agli eredi dell'onorato, se questi muore dopo il 21 aprile 1940 senza che la condizione si sia verificata”*.

L. FERRI (*Rinunzia cit.*, págs. 82 y 83) estima que de este precepto se extrae el argumento fundamental a favor de la tesis de CICU. De lo dispuesto en él, se deduce que en el caso de institución de heredero o legatario sujeta a condición suspensiva, existe ya una delación incluso antes de que se verifique la condición, pues prevé la transmisión a los herederos, como cuando muere el llamado que no está sujeto a condición suspensiva (art. 479 Cc it.). Añade además que la validez de la tesis de CICU es confirmada por el hecho de que el Código civil de 1942 no ha reproducido los artículos 853 a 862 del Código del 65 que precisamente excluían la transmisión de la delación condicional.

<sup>166</sup> Art. 480.2º Cc it.: *“Il diritto di accettare l'eredità si prescrive in dieci anni.*

*Il termine decorre dal giorno dell'apertura della successione e, in caso d'istituzione condizionale, dal giorno in cui si verifica la condizione”*.

<sup>167</sup> Art. 759 Cc: *“El heredero que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”*.

<sup>168</sup> Si bien el texto del precepto no especifica de qué tipo de condición se trata, resulta inadmisibles entender que el artículo 759 Cc hace referencia a la condición resolutoria. Este es el sentir general de nuestra doctrina que alude al respecto que “Tal deducción es inadmisibles; pugna con la naturaleza y efectos de lo que en Derecho se ha entendido siempre como condición resolutoria.” (M. ISABAL, “La doctrina de las condiciones en Derecho y los arts. 759 y 799 del Cc”, *RDP*, 1926, pág. 180). En el mismo sentido se manifiesta, entre otros, M. ALBALADEJO GARCÍA (*Comentarios... cit.*, pág. 256) “el artículo se refiere, aunque no lo diga expresamente a la institución bajo condición suspensiva. (...) es obvio, ya que por el propio modo de ser de las cosas no cabe que sea de otro modo, puesto que como el papel de la condición resolutoria, si se cumple, es poner fin a la situación existente, ocurre que el caso de resolución no cabe en el artículo presente, que se refiere a la sucesión no producida aún, que está pendiente de la condición (suspensiva) puesta, no a la sucesión que ya producida y habiéndola tomado el heredero (que habría sobrevivido al testador que lo instituyó sin condición suspensiva) está amenazada de resolución.”.

condición no reciben derecho alguno, ya que mientras ésta no se cumple, el instituido no recibe derecho a la herencia y, consecuentemente, no puede transmitirlo.<sup>169</sup>

No obstante, surge la duda de si lo señalado, aparentemente con tanta claridad, en el artículo 759 Cc pueda no ser cierto, en cuyo caso la solución a adoptar en este punto sería la opuesta, ya que existe otro precepto legal que literalmente dispone exactamente lo contrario. En efecto, el artículo 799 Cc establece que *“La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique”*.

El intento de salvar la aparente contradicción ha dado lugar a la elaboración de distintas teorías al respecto por parte de la doctrina. Sin ánimo de entrar en un análisis exhaustivo de las mismas, conviene señalar que fundamentalmente se pueden concentrar en dos grandes grupos claramente diferenciados, a saber, aquélla que postula la existencia de una contradicción entre ambos preceptos, distinguiendo dentro de la misma aquéllos que abogan por la preeminencia del artículo 759 en base a razones históricas fundamentalmente y quienes por el contrario, son partidarios de dar primacía al 799, ya que ello implica una mejor interpretación de la voluntad del causante quien, parece que, en el supuesto de que la condición se cumpla, prefirió al instituido bajo condición y a sus sucesores que a los legitimarios;<sup>170</sup> y una segunda teoría, mayoritaria

---

<sup>169</sup>M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios... cit.*, págs. 255 y 259.

<sup>170</sup> J. SAPENA (“La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador”, *RGLJ*, T. 197, 1954, pág.36) se muestra contundente en sus conclusiones afirmando, tras una exposición de las distintas teorías surgidas en relación con esta antinomia, que “sólo una conclusión segura encontramos: que se mantiene la antinomia; que los artículos debatidos no nos proporcionan base suficiente para sostener la preponderancia de uno ni de otro (...) El ordenamiento legal puso en plano de igualdad dos reglas absolutamente contradictorias, sin conceder ventaja a una o a otra; por ello es inútil buscar la solución dentro del mismo exclusivamente”; F. SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, vol. 1º, págs. 613 y 614), que califica el artículo 799 como un precepto “desdichado, que nunca debió figurar en el Código”, entiende que con dicho precepto, el Código civil incurre en “una contradicción tan clara como pocas se pueden encontrar”, y habida cuenta que no puede admitirse que el artículo 799 derogue el 759 por su ubicación, así como tampoco cabe conciliar ambos ya que se excluyen, es necesario decidirse por uno, entendiendo preferido el 759 pues éste “mantiene la verdadera doctrina en este punto”. M. GITRAMA (*La administración... cit.*, págs. 31 y 32) sin entrar a profundizar sobre las distintas teorías existentes al respecto de estos preceptos, en principio contradictorios, deja constancia de que prevalece el artículo 759

entre nuestra doctrina y jurisprudencia, que afirma que los artículos 759 y 799 del Código civil lejos de contradecirse, son absolutamente conciliables, pues cada uno de ellos es aplicable a supuestos diferentes.<sup>171</sup>

Asimismo, autores como PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, partiendo de la existencia de una antinomia absoluta e irremediable entre los artículos 759 y 799 Cc, entienden que la única solución lógica es la de prescindir de ambos preceptos, ya que ambos se destruyen con lo que será necesario recurrir a aquellos que serían aplicables en el supuesto de no existir ninguno. Por lo tanto, habida cuenta que el artículo 791 Cc, en tanto en cuanto remite a las reglas de las obligaciones condicionales, habría de aplicarse el artículo 1114 del Código civil. Consecuentemente, la solución sería la de prevalencia del artículo 759. Sin embargo, afirman estos autores que “para una consideración más profunda, la solución es precisamente la contraria, porque si bien es cierto que mientras penda la condición no se tiene un derecho perfecto, no lo es menos que se adquiere inmediatamente un derecho de expectativa, que nada puede frustrar sino el incumplimiento de la condición, y que este derecho de expectativa con la limitación de su carácter eventual se transmite por el instituido a sus herederos, como formando parte del patrimonio de aquél, siempre, claro está, que la muerte del instituido no influya, ya por su naturales o ya por la presumible intención del testador, sobre el cumplimiento de la condición haciéndolo imposible (...)”.<sup>172</sup>

Por nuestra parte, nos inclinamos, coincidiendo con la mayoría de la doctrina y la teoría dominante del Tribunal Supremo, por la tesis partidaria de la no contradicción

---

lo cual, entiende el autor, “*es prueba palpable de que el heredero instituido bajo condición suspensiva carece de la cualidad de heredero en tanto que la condición no se cumpla*”. También R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado II*, Madrid, 1948, pág. 84) otorga preferencia al artículo 759 afirmando al respecto que “en el régimen del Código civil la regla general es la establecida en su art. 759, y que una especie de excepción la constituye el art. 799 del mismo cuerpo legal”.

<sup>171</sup> M. ISABAL, “La doctrina de las condiciones en Derecho y los arts. 759 y 799 del Cc”, *RDP*, 1926, pág. 186.

<sup>172</sup> B. PÉREZ GONZÁLEZ - J. ALGUER, *Anotaciones... cit.*, 1981, págs. 698 y 699.

entre ambos preceptos, a pesar de que de su tenor literal la solución parece ser otra.<sup>173</sup>

En líneas generales, se puede afirmar que el artículo 759 Cc hace referencia, si bien el precepto no lo dice expresamente, a la condición suspensiva, y por otro lado, a pesar de la redacción poco afortunada otorgada al artículo 799 del mismo texto legal, parece hacer referencia, no a esta condición sino al instituido a término suspensivo *certus an, incertus quando*.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> SSTs de 4 de marzo de 1952 (RJA, núm. 491) “*sería de aplicación lo estatuido en el artículo 759 del Código civil y no (...) ni el 799, que, no obstante su tenor literal, alude a situaciones jurídicas “certus an incertus quando”, más bien que a una condicionalidad propiamente dicha*”, de 20 de octubre de 1954 (RJA, núm. 2636) “*Que el artículo 799 del Código civil dispone, en efecto que la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos aun antes de que la condición se cumpla; y para salvar la contradicción que existe con lo dispuesto en el artículo 759 del mismo Código, (...), ha de entenderse que en el primero de dichos artículos no se emplea la palabra condición en su sentido estricto, sino que hace referencia a un término o plazo, cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona, que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignore cuándo, y cuyo efecto, mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución, pero sin impedir la creación de derechos a favor del instituido transmisibles a sus herederos desde el fallecimiento del testador*”, de 6 de diciembre de 1957 (RJA, núm. 3574) “*y para salvar la contradicción que existe con lo dispuesto en el artículo 759 del propio Código, según el cual el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos ha de entenderse que en el primero de dichos artículos no se emplea la palabra condición en su sentido estricto sino que hace referencia a un término o plazo, cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona, que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignore cuando y cuyo efecto, mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución, pero sin impedir la creación de derechos a favor del instituido, transmisibles a sus herederos desde el fallecimiento del testador*”; de 26 de enero de 1959 (RJA, núm. 443) “*el artículo 799 no obstante su tenor literal, alude a situaciones jurídicas certus in incertus quando, más bien que a una condicionalidad propiamente dicha*”, de 28 de febrero de 1959 (RJA, núm. 1496), de 5 de julio de 1966 (RJA, núm. 3671) y 22 de enero de 1969 (RJA, núm. 199), de 3 de noviembre de 1989 (RJA, núm. 7847), “*No resulta de aplicación el art. 799 del Código civil, como se aduce en el motivo tercero, ya que tal precepto, no obstante emplear el término «condición», se refiere, como ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, no a la verdadera condición sino al término «incertus quando»*”, de 17 de febrero de 1994 (RJA, núm. 1623) “*Pero en punto al art. 799 del Código civil, es sabido que con manifiesto error de expresión se refiere a las disposiciones a plazo o término técnicamente diciendo o condición impropia que por ello no es aplicable al caso de autos sino muy especialmente el art. 759 del mismo texto legal, relativo a las propias o verdaderas condiciones suspensivas consistentes en un evento que puede o no acontecer cual es el de la existencia de descendencia propia*”. En esta misma línea se manifiesta la Dirección General de Registros y del Notariado, entre otras, en las RRDGRN de 25 de abril de 1931 (RJA, núm. 2029) y 4 de febrero de 1980 (RJA, núm. 507).

<sup>174</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios... cit.*, págs. 260 y ss., S. DÍAZ ALABART, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1877; L. Díez Pícazo/A. Gullón, (*op. cit.*, pág. 357) se muestran partidarios de la tesis mayoritaria, no sin puntualizar que, en todo caso, la voluntad del testador debe prevalecer, por lo que éste podría ordenar la transmisibilidad pese al artículo 759 Cc



Efectivamente, el artículo 759 recoge el espíritu y la norma del Derecho de Roma y de nuestro Derecho histórico. En virtud de aquél cuando la institución de heredero era condicional, la delación quedaba diferida hasta que se hiciese efectiva, consecuentemente, el llamado que fallecía antes no adquiriría nada y por tanto nada podía transmitir.<sup>175</sup> Esta misma teoría fue recogida en nuestro Derecho histórico y así consta en el artículo 620.3º del Proyecto de 1851, en el 758 del Anteproyecto y en el 759 del actual Código civil.

Sin embargo, si nos adentramos en la historia en busca de los antecedentes del artículo 799 Cc, el único precepto válido para su apoyo, que se encuentra en Las Partidas, hace referencia al término incierto.<sup>176</sup> Tras la ausencia de un precepto similar en el proyecto de 1851, el artículo 799 fue introducido por el proyecto de 1882.<sup>177</sup> Éste, lejos de ser fruto de nuestra ciencia, ha recogido los artículos 1041, 854 y 1810 de los códigos francés, el italiano de 1865 y el portugués respectivamente.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Vid., entre otros, P. BONFANTE, *Instituciones de Derecho romano*, trad. De la 8ª ed. Italiana por L. BACCI y A. LARROSA, revisada y puesta al día por F. CAMPUZANO HORMA, Madrid, Reus, 1929, pág. 600.

<sup>176</sup> Ley VIII, Tít. IV, P. VI. : “(...) Pero casuales condiciones y a, que son de tal natura, que maguer sean puestas, non embargan el establecimiento del heredero. E esto seria, como si dicesse el testador: Establezco a fulano ni heredero, si cras naciere el sol; o si dixese: Fago mi heredero a tal ome, si muriere, non señalando fasta que tiempo. Esto es, por razon que tales condiciones como estas, tan sin dubda son, e tan ciertas, que en todas guisas son. E por ende, luego que son puestas, vales el establecimiento del heredero, e non se embarga, nin de aluenga por ellas”.

<sup>177</sup> Efectivamente, el artículo 886 del Anteproyecto en virtud del cual, “La condición que, según la intención del testador, no hace más que suspender el cumplimiento de la disposición, no impedirá que el heredero o legatario adquiera el derecho y le transmita a sus herederos aun antes de haberse verificado la condición”, no se refiere a la verdadera condición a la cual hacía referencia el artículo 758 del mismo texto legal. Además, aquél es una copia de preceptos extranjeros que no hacen referencia a la misma.

<sup>178</sup> Art. 1041 Cc francés.: “La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers”

Art. 854 Cc italiano de 1865: “Ldizione la quale, secondo la mente del testatore non fache sospendere l'esecuzione della disposizione, non impedisce che l'erede o il legatario abbiano un diritto acquistato e transmissibile oi propri eredi anche prima delle verificate condizioni”.

Artículo 1810 Cc portugués: “A condição que apenas suspende per certo tempo a execução de disposição não impedirá que o herdeiro ou o legatario aduira direito a herença ou ao legado el o possa transmitir a seus herdeiros”.

El actual artículo 799 de nuestro Código civil supone una copia de estos preceptos que en realidad no se referían a la verdadera condición.

En conclusión, tanto el Derecho patrio como el Derecho comparado sirven de fundamento a nuestra tesis, ya que el artículo 759 es un precepto arraigado en la historia que cuenta con antecedentes que se remontan al Derecho romano, mientras que, por el contrario, los escasos antecedentes que encontramos para el artículo 799, nos conducen a estimar éste como una copia errónea de preceptos extranjeros que en realidad hacen referencia al término incierto y no a la condición suspensiva.

Consecuentemente, no es acertado el afirmar que ambos preceptos son contradictorios, lo cual conduce a la necesidad de buscar la primacía de uno de ellos, sino que ambos resuelven situaciones jurídicas diferentes.

No obstante, en busca de otras posibles fundamentaciones, haremos alusión, asimismo a las sustituciones fideicomisarias. Estas, cuando son condicionales, sirven como fundamento a la tesis mantenida, en contra de la existencia de delación condicional defendida por parte de la doctrina italiana.

En la sustitución fideicomisaria, el fideicomisario adquiere su derecho a la herencia desde el momento de la muerte del causante, de tal suerte que si aquél muriera antes de que se produzca la restitución, transmitirá su derecho a sus herederos.<sup>179</sup>

Consecuentemente, en contra de lo que opina la mayor parte de nuestra doctrina, coincidimos con DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, quienes abogan por la existencia de la delación a favor del fideicomisario, quien desde el momento de la apertura de la sucesión podrá aceptar o repudiar la herencia “porque hay certeza de la muerte de la

---

<sup>179</sup> Artículo 784 Cc: “El fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquél pasará a sus herederos”.

persona a quien se ha de heredar y de su derecho a la herencia”. Obviamente, el artículo 784 del Código civil parece claro al respecto.<sup>180</sup>

Respecto de la vocación, ALBALADEJO afirma que “a la muerte del causante se produce una vocación a favor de todas las personas que eventualmente pueden llegar a heredarle”. Por tanto, ésta va a tener lugar, sin lugar a dudas, desde la muerte del causante, no sólo a favor del fiduciario y del fideicomisario, sino también, a favor de todos aquellos que, en defecto de éstos, puedan llegar a heredarle, como son los herederos intestados. Sin embargo, con respecto a la delación, entiende este autor que ésta no se produce sino desde el momento en el que tiene lugar la muerte del fiduciario, pues será en este instante cuando tenga lugar la apertura de la sucesión a favor del fideicomisario. Alega que lo que ocurre es que el fideicomisario tiene ya una expectativa de delación a la muerte del causante, es decir que “el fideicomisario, cuando muere el causante, recibe una expectativa segura y transmisible de su futuro derecho al fideicomiso”.<sup>181</sup>

En contra de lo manifestado arriba, que constituye el sentir común de gran parte de la doctrina,<sup>182</sup> entendemos que el artículo 784 es claro al respecto, y otorga derechos desde el momento mismo de la muerte del causante permitiendo su transmisión en el supuesto de que el fideicomisario premuera al fiduciario. Asimismo, nos parece un tanto curioso que el citado autor, que niega la existencia de la delación hasta la muerte del fiduciario, permita no obstante la posibilidad de que el fideicomisario acepte o renuncie a la herencia, alegando al respecto que “la delación lo que hace es que permite, aceptando, adquirir ya la herencia al llamado. Y quien no recibió aún delación no puede

---

<sup>180</sup> J. L. DÍEZ PICAZO/ A. GULLÓN, *op. cit.*, págs. 370 y 371, esto es así cuando la restitución a cargo del fiduciario no depende del cumplimiento de condición, en caso contrario, habrá que esperar a que la condición se cumpla, tal como establece el artículo 991 Cc

<sup>181</sup> *Cfr.* “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario”, *RDP*, Madrid, 1979, págs. 530 a 532.

<sup>182</sup> *Vid.*, entre otros, J. GONZÁLEZ PALOMINO (“Diagnóstico y tratamiento del “pseudo usufructo testamentario”, en *Estudios jurídicos de arte menor*, Pamplona, 1964, pág. 468).

hacer ya suya la herencia, aunque la acepte. Mas puede aceptarla (o repudiarla) y entonces la hará suya cuando el término llegue”, pues la delación, supone el derecho a aceptar o repudiar la herencia.<sup>183</sup>

Resulta curioso a su vez el hecho de que el artículo 784 del Código civil coincida en su parte final con el 799 del mismo texto legal. Dado que la sustitución fideicomisaria ha de entenderse no como una institución condicional sino a término, si bien incierto, dicha coincidencia es propicia a la interpretación realizada anteriormente en virtud de la cual el último precepto citado, de redacción errónea, habría de referirse realmente a la institución a término y no a la sujeta a condición suspensiva.

No obstante, las sustituciones fideicomisarias pueden ser establecidas a término o bajo condición.<sup>184</sup> Centrándonos en estas últimas, la práctica totalidad de la doctrina así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten que en el supuesto de que la

---

<sup>183</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, “Las sustituciones fideicomisarias puras a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario” (continuación del artículo publicado en el número de junio de 1979 de la Revista de Derecho Privado), *RDP*, 1979, págs. 650 a 653.

<sup>184</sup> Es admitido por la generalidad de la doctrina que las sustituciones fideicomisarias puedan ser realizadas además de sometidas a condición a término, en cuyo caso, señala M. ALBALADEJO (“Las sustituciones fideicomisarias ... *cit.*”, *RDP*, Madrid, 1979, págs. 526 y 527) que si bien las puras han de entenderse realizadas a término, por cuanto se refieren generalmente a que operen al momento de la muerte del fiduciario, nada impide que el testador, en el ejercicio de su libre voluntad establezca un plazo concreto distinto a la vida del fiduciario, y es en este supuesto en el que se habla de sustituciones fideicomisarias a término. En contra de la posibilidad de ordenar sustituciones fideicomisarias bajo condición se muestra R. NÚÑEZ LAGOS (*El fideicomiso “si sine liberis decesserit” y el Código civil*, Madrid, 1956, págs. 124, 125 y 139) quien, mostrando una postura aislada, entiende que la sustitución fideicomisaria supone una “figura exclusivamente a término”. J. B. VALLET DE GOYTISOLO (“Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula “*si sine liberis decesserit*” en el Derecho histórico de Castilla y en el Código civil”, *ADC*, 1956, págs. 814 y 815) muestra su crítica a esta opinión alegando en ella, el artículo 790 en virtud del cual se permite realizar disposiciones testamentarias tanto a título universal como particular bajo condición, precepto éste que no excluye las sustituciones fideicomisarias. Además, añade este autor que el Derecho anterior admitió sin duda alguna la sustitución fideicomisaria condicional, posibilidad ésta que no ha sido excluida de un modo patente por el Código civil y así lo entendió la Sentencia del TS de 9 de julio de 1910. El tercer argumento dado por el autor es que si el Código civil prohíbe la condición cuando se refiere a la disposición de las legítimas y rechaza tanto el plazo como la condición en la aceptación y repudiación de la herencia, no hubiese dejado de hacer lo mismo con referencia a las sustituciones fideicomisarias si hubiese querido. Para finalizar, VALLET DE GOYTISOLO acude al artículo 785 entendiendo que este precepto, que señala las sustituciones, vinculaciones y prohibiciones de disponer que no han de surtir efecto, no incluye dentro de las mismas a las sustituciones fideicomisarias.

sustitución fideicomisaria hubiere sido ordenada bajo condición suspensiva, será de aplicación el artículo 759 del Código civil. Por consiguiente, el llamado como fideicomisario no adquiere, *pendente conditione*, derecho alguno y en consecuencia, no lo transmite a sus herederos sino desde el momento en que la condición se cumple.<sup>185</sup>

La delación no tendrá lugar entonces hasta el momento en el que la condición se cumpla “porque entonces es cuando está cierto de su derecho a la herencia (art. 991 Cc)”<sup>186</sup>. Ello nos reafirma en nuestra tesis mantenida hasta el momento, ya que no se puede obviar la cuestión de que el sustituto es instituido heredero. Por tanto, el hecho de que la delación no sea deferida en este supuesto hasta el momento en que la condición se cumpla, ha de entenderse extrapolable al supuesto de institución sin sustitución fideicomisaria.

Así pues, se puede concluir que en el supuesto de institución condicional, la delación no tiene lugar al morir el causante, sino que será cuando la condición se cumpla. Pues, cuando se afirma que la institución condicional da lugar a una delación condicional y ésta consiste en ofrecer al llamado la herencia condicionalmente, “es tanto como decir que es no ofrecérsela -luego no hay delación, que es ofrecimiento- porque lo ofrecido sólo para si se da cierto caso (si la condición se cumple), únicamente resulta ofrecido real y actualmente si y cuando el caso se dé, y sólo entonces puede adquirirse”<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Cfr. L. Díez Pícazo- A. Gullón (*op. cit.*, pág. 371). Esta es la dirección seguida también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que estima que el artículo 784 del Código civil tan sólo es de aplicación a las sustituciones fideicomisarias puras, no a las condicionales en las que el instituido bajo condición no adquiere derecho alguno ni puede transmitirlo mientras la condición no se cumpla, según se desprende del artículo 759 Código civil, en relación con el 791, aplicables a todo tipo de instituciones de heredero y legados condicionales. *Vid.*, entre otras, SSTs de 17 marzo de 1934 (*RJA*, núm. 466), de 4 de marzo de 1952 (*RJA*, núm. 491) y de 20 de octubre de 1954 (*RJA*, núm. 2636).

<sup>186</sup> L. Díez Pícazo- A. Gullón, *op. cit.*, pág. 371.

<sup>187</sup> M. Albaladejo García, *Comentarios... cit.*, págs. 257 y 258.

Pendiente la condición, los bienes se pondrán en administración, tal como sanciona el artículo 801 Cc (*“Si el heredero fuere instituido bajo condición suspensiva, se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse. Lo mismo se hará cuando el heredero o legatario no preste la fianza en el caso del artículo anterior”*). Siendo posible la intervención del sujeto llamado a la herencia bajo condición, quien cuenta con los medios normales de defensa de cualquier titular de un derecho eventual o expectativa (ver arts. 791 y 1121 Cc), lo cual asemeja su posición a la del titular de un *ius delationis* (999.4 Cc) con la diferencia de que para el primero no es posible repudiar o aceptar la herencia hasta que tenga lugar el cumplimiento de la obligación.

Una vez cumplida la condición, el *ius delationis* se hará efectivo con lo que el llamado obtiene el derecho de heredar, aceptando la herencia, o repudiarla. Cualquiera de estas opciones se retrotrae al momento de la apertura de la sucesión, el cual coincide con el de la vocación.

Incluidos dentro de este tipo de llamamientos sujetos a condición suspensiva entendemos que se encuentran, como veremos a continuación, tanto el realizado a favor del *nasciturus*, como el llamamiento sucesorio al que aún no ha sido concebido, si bien, respecto de este último, es discutible la viabilidad de su institución de un modo mediato, es decir, sin acudir para ello a la utilización de otras figuras previstas por el Código civil.<sup>188</sup>

---

<sup>188</sup> Al respecto, A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA (*“Preterición...” cit.*, pág. 91) se muestra tajante en su negativa, al afirmar que “En cuanto al problema del *concepturus*, entendemos que en nuestro Derecho positivo no puede plantearse puramente, sino embebido en la sustitución fideicomisaria; en otras palabras, la designación de los *concepturi* en el Código civil puede lograrse con eficiencia jurídica por vía de sustitución fideicomisaria, no de institución o sustitución vulgar”.

c) Vocación a favor del *nasciturus*

El requisito de existencia a la muerte del causante lleva a plantearse, entre otros supuestos, el del derecho a suceder del *nasciturus*. No cabe duda alguna de que siendo llamado a la herencia del *de cuius* el concebido pero no nacido, éste tiene derecho a suceder, tal como se deduce del artículo 745 Cc,<sup>189</sup> si bien la efectividad de sus derechos depende de que el llamado llegue a nacer cumpliendo los requisitos del artículo 30 del citado texto legal.<sup>190</sup> Sin embargo, la doctrina no es unánime a la hora de hablar de la delación del mismo.

Efectivamente, por una parte, el *nasciturus* no se encuentra incluido dentro de los entes que nuestro Derecho declara incapaces para suceder, habida cuenta que sienta como regla general la capacidad para suceder, incapacitando de un modo absoluto, y en lo que respecta a las personas físicas, a las criaturas abortivas, entre las cuales no se incluyen los concebidos no nacidos, pues éstos ni siquiera son personas, sino tan sólo concebidos.

Por otra parte, el Código civil prevé en determinados preceptos la capacidad del no nato para suceder. Así, el artículo 29 Cc es favorable a dicho llamamiento por cuanto, en virtud del mismo, el concebido que nazca cumpliendo las condiciones legales impuestas por el artículo 30 Cc consolidará su derecho a la herencia.<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> Art. 745 Cc: “Son incapaces de suceder: 1º. Las criaturas abortivas, entendiéndose por tales las que no reúnan las circunstancias expresadas en el artículo 30 (...)”.

<sup>190</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio... cit.*, pág. 46.

<sup>191</sup> Efectivamente, en virtud de la protección que el artículo 29 del Código civil otorga al concebido y no nacido, al establecer que “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”, la futura sucesibilidad está admitida, con lo que el *nasciturus* podrá ser heredero siempre y cuando al nacer tenga figura humana y viviera veinticuatro horas desprendido del seno materno (artículo 30 Cc). A juicio de la profesora Mª P. GARCÍA RUBIO (*Vid.* “La persona”, *Base de conocimiento jurídico Iustel*, <http://www.iustel.com/v2/c.asp>) el precepto es contrario a la convención de la ONU sobre derechos del niño, ratificada por España en BOE de 31,12, 1990, por lo que no debe considerarse en vigor pues el tenor del art. 39.4 del mencionado tratado internacional impone la

En este sentido, el hecho de que la eficacia del llamamiento al *nasciturus* dependa de que se verifique el nacimiento con los requisitos del artículo 30 del Código civil, nos lleva a afirmar que existe una clara asimilación entre este llamamiento y el producido bajo condición suspensiva. Es por ello que, tal y como expusimos al hablar del llamamiento a la sucesión bajo condición suspensiva, una vez abierta la sucesión y antes de que tenga lugar el nacimiento, hay un llamamiento o vocación al concebido, pero no habrá una delación eficaz sino cuando la *condicio iuris* se cumpla.<sup>192</sup>

Asimismo, coincidiendo con la mayoría de nuestra doctrina,<sup>193</sup> entendemos que la delación a favor del concebido no tiene lugar, ya que, no es aplicable analógicamente, en materia de sucesiones, la solución prevista por el Código civil en su artículo 627 Cc

---

aplicación de la convención, que atribuye derechos al niño “inmediatamente” después de su nacimiento. En este sentido *vid.*, M. ALBALADEJO GARCÍA, *Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro*, ed. RDP, 1997. Este autor entiende expresamente que el plazo de 24 horas establecido por la Ley para que el nacido adquiriera personalidad y pueda ser inscrito se encuentra derogado. Resulta interesante al respecto la crítica que lleva a cabo de la RDGRN de 3 de septiembre de 1996 (*RJA*, núm. 1846) confirmando el auto judicial que denegó la inscripción en el Registro civil de un nacido por haber fallecido dentro de las seis horas siguientes al parto. (pág. 30 y ss.).

<sup>192</sup> Es postura dominante en nuestra doctrina la asimilación entre el llamamiento al *nasciturus* y el realizado bajo condición suspensiva, lo cual impone una misma solución consistente en la situación de pendencia de la delación, en tanto en cuanto, como afirma M. ALBALADEJO GARCÍA (*Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1982, pág. 77) “hasta que no nazca y viva veinticuatro horas enteramente desprendido de la madre, se produce una situación de pendencia que si el concebido llega a ser persona, se resuelve a su favor como si lo hubiese sido desde que fue engendrado, y que si no llega a serlo, se resuelve como si nunca hubiese sido concebido, por lo que su llamamiento a la sucesión resultaría ineficaz desde un principio por falta de sujeto que lo hubiese recibido.” También J. L. LACRUZ BERDEJO (*cfr.*, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 242) quien tras afirmar que el derecho a suceder al *nasciturus* es indiscutible, éste no consolidará su derecho a la herencia hasta que se cumpla las condiciones legales del artículo 30. Hasta ese momento, “hay llamamiento a su favor, pero sólo bajo una *condicio iuris* de efectivo nacimiento y vitalidad. Llamamiento, pues, equiparable a la vocación condicional. No hay en cambio delación.”; y F. JORDANO FRAGA (*vid.*, *op. cit.*, págs. 203 y ss.); R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “La designación...”, *cit.* 1981, pág. 148.

<sup>193</sup> La práctica generalidad de la doctrina aboga por la no aplicación analógica del precepto relativo a las donaciones en materia sucesoria, entendiendo que supone un argumento más en el que apoyar su postura de no existencia de la delación a favor del concebido no nacido. En este sentido cabe señalar, entre otros, a: J. L. LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones ... cit.*, pág. 242), F. JORDANO FRAGA (*Vid.*, *op. cit.*, págs. 203 y ss.), M. ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 45) quien le da una importancia especial y decisiva al entenderlo como el fundamento esencial de la no existencia de delación en este supuesto (“Resulta más dudoso, sin embargo, que pueda existir delación, propiamente tal, a favor de un *nasciturus*, pues si bien es indudable que cabe llamamiento eficaz, no reproduce el Código en los preceptos que consagra a la sucesión mortis causa la regla contenida en el artículo 627 aplicable a las donaciones (...).”).



para las donaciones.<sup>194</sup> Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre en materia de donaciones, en Derecho sucesorio la herencia a la que es llamada el *nasciturus* no puede ser aceptada ni repudiada, antes de nacer, por quienes le representarían legalmente en el supuesto de que tuviera lugar el nacimiento. Pese a la inexistencia en nuestro Código de una norma que prevea en materia sucesoria, lo contrario a lo establecido por el artículo 627 Cc para las donaciones,<sup>195</sup> el artículo 991 Cc imposibilita una aplicación analógica, ya que en virtud del mismo, no es posible aceptar ni repudiar la herencia sin estar cierto, no sólo de la muerte del causante, sino de tener derecho a la misma.<sup>196</sup>

Por lo tanto, si consideramos que esta situación se asimila al llamamiento bajo condición suspensiva, la delación no será eficaz hasta el momento en que la condición

---

<sup>194</sup> Art. 627 Cc, “*Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento*”.

Sin embargo, el Derecho foral navarro prevé expresamente la posibilidad de aceptación o repudiación de la herencia a la que es llamado el *nasciturus* por quienes serían, a su nacimiento, los representantes legales del mismo, en tanto en cuanto ésta se remite a las leyes 63 y 65 relativas a la patria potestad. En este sentido, la Ley 154 en sus párrafos primero y tercero dice literalmente que “*Las disposiciones a título lucrativo, por actos inter vivos o mortis causa, pueden hacerse a favor del concebido, e incluso a favor de los hijos aún no concebidos de persona determinada que viva al tiempo de la donación o al de la muerte del testador. (...) La aceptación de estas disposiciones y la defensa de los intereses de los hijos, en cuanto a los bienes objeto de la liberalidad, se regirán por lo dispuesto en las leyes 63 y 65*”.

<sup>195</sup> Sin duda, el legislador pudo haber incluido un precepto similar para el supuesto de sucesiones. Sin embargo, este artículo probablemente sea más necesario en donaciones dada la importancia que cobra la aceptación en esta materia. En efecto, si bien es cierto que la exigencia de la aceptación para el perfeccionamiento del contrato de donación ha sido un tema discutido por la doctrina, en el que no vamos a entrar por no ser éste un tema necesario para la elaboración de nuestra investigación, del tenor literal de algún precepto del Código civil sí se desprende la necesidad de la aceptación para el perfeccionamiento. En este sentido, el artículo 623 reza “*La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario*”. En la misma línea se manifiesta el artículo 629 cuando establece que “*La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación*”; también el 630 que exige la aceptación del donatario, “*so pena de nulidad*”, ya sea por sí mismo, o bien a través de persona autorizada con poder para ello.

<sup>196</sup> F. JORDANO FRAGA (*op. cit.*, págs. 204 y ss.) “Si no existieran el artículo 991 Cc y las normas con él concordantes, pienso, por todo lo ya dicho, que no habría inconveniente alguno en aplicar analógicamente a la sucesión mortis causa la norma del artículo 627 Cc (...) Pero la vigencia del artículo 991 Cc y sus normas concordantes, hace que la asimilación indudable entre el llamamiento al *nasciturus* (cuya eficacia pende de la verificación del nacimiento con los requisitos del artículo 30 Cc: *condicio iuris*) y el suspensivamente condicionado, conduzca a que la solución en Derecho español deba ser, con la doctrina mayoritaria, en los dos casos la misma: abierta la sucesión y antes de su nacimiento, hay un llamamiento o vocación al concebido: (...) pero no hay una delación eficaz hasta que la *condicio iuris* se cumpla: hasta que el concebido nazca con los requisitos del artículo 30 Cc, momento sólo en el cual –por estar ciertos del derecho del nacido a la herencia, ex artículo 991 Cc- sus representantes legales pueden aceptar (o repudiar) la herencia en su nombre”.

se cumpla, pues sólo en este momento el llamado estará cierto de su derecho, y sus representantes legales podrán aceptar en su nombre. En conclusión, abierta la sucesión y antes del nacimiento, hay un llamamiento o vocación a favor del concebido, pero la delación quedará diferida a la espera de que se cumpla la *condicio iuris*, es decir, hasta que el concebido nazca con los requisitos del artículo 30 Cc<sup>197</sup> En este lapso de tiempo, la herencia quedará en administración “*en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria*”.<sup>198</sup>

#### d) Vocación del no concebido

Más complejo es el tema de la capacidad del *concepturus*, es decir, que el que ni siquiera ha sido concebido a la muerte del *de cuius*, pueda ser llamado a la sucesión del mismo, en previsión de que algún día llegue a existir. A diferencia del concebido y no nacido que, en cuanto futuro ser humano, es digno de protección, el *nondum conceptus* no es nada y consecuentemente no puede, en principio, adquirir derechos ni ser titular de los mismos. En estos términos se manifiesta ROCA SASTRE cuando afirma que “los no concebidos al tiempo de la muerte del testador o intestado son incapaces absolutos para suceder por testamento o sin él, teniendo, pues, tan sólo tal capacidad los nacidos o los concebidos al tiempo de la muerte del testador que nazcan después con las

---

<sup>197</sup> Lógicamente esta misma solución es aplicable, además, al nacido en tanto en cuanto no hayan transcurrido veinticuatro horas desde que se separó del seno materno momento, es decir, hasta que no se cumplan los requisitos del artículo 30 Cc, momento en el cual el sujeto llamado adquiere personalidad. (Vid. ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil...*, cit., pág. 77).

<sup>198</sup> El Código civil lo establece de este modo en el artículo 965, en virtud del cual, “*En el tiempo que medie hasta que se verifique el parto, o se adquiriera la certidumbre de que éste no tendrá lugar, ya por haber ocurrido aborto, ya por haber pasado con exceso el término máximo para la gestación, se proveerá a la seguridad y administración de los bienes en la forma establecida para el juicio necesario de testamentaria*”.

circunstancias de la ley”.<sup>199</sup> Sin embargo, la posibilidad de que le sean atribuidos derechos sucesorios es un tema discutido por la doctrina.<sup>200</sup>

Nos hallamos lógicamente en el terreno de la sucesión testamentaria, ya que en la sucesión intestada carece de sentido plantearse la posibilidad de existencia de vocación y delación a favor del *nondum conceptus*, pues la ley no llama a la sucesión de una persona a quien ni siquiera ha sido concebido al momento de su muerte.

Tradicionalmente la doctrina negaba la capacidad del *concepturus* para suceder. En este sentido, y a pesar de que el Derecho español carezca de una regulación expresa al respecto, se ha argumentado que dicha prohibición se desprende de la relación armónica de los artículos 29, 745 y 758, todos ellos del Código civil, de donde surge el principio de que si la capacidad para suceder ha de apreciarse al tiempo de la apertura de la sucesión, y ésta coincide con la muerte del causante, de todo ello se deduce que quien ni siquiera ha sido concebido carece de capacidad por falta de existencia.<sup>201</sup>

---

<sup>199</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los “*nascituri*”, *RDP*, Madrid, mayo 1946, pág. 317; *id.* “Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los “*nascituri*”, *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, Instituto de España, 1981, págs. 244 y ss.

<sup>200</sup> *Vid.* J. M. LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, 4<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por J. Lete Achirica, Madrid, 2000, págs. 61 y 62.

<sup>201</sup> En este sentido se manifiestan, entre otros, J. M. MANRESA Y NAVARRO (*Comentarios al Código civil Español*, t. VI, Madrid, Reus, 1903, págs. 12 y ss.), quien entiende que, si bien es cierto que nuestro Código carece de un precepto expreso que prohíba el derecho a suceder del *nondum conceptus*, éste no es necesario, ya que el art. 29 Cc exige el nacimiento o la concepción para que surja la personalidad civil, con lo cual es indudable que el no concebido no puede tener capacidad para suceder, también F. SÁNCHEZ ROMÁN (*vid., op. cit.*, vol. 1<sup>o</sup>, pág. 253 a 255) “La incapacidad para suceder del no concebido al tiempo de la muerte del testador, resulta indudable de la combinación y sentido de todos los textos legales del Código antes expresados (...) por lo tanto, los no concebidos al tiempo de la muerte del testador ó intestado son incapaces absolutos para suceder por testamento o sin él”. También comparte esta opinión R M<sup>a</sup> ROCA SASTRE (“Eficacia...”, *cit.* 1946, págs. 313 y ss., y “Eficacia...”, *cit.*, 1981, pág. 250) quien concluye, al respecto, que de la combinación de varios preceptos del Código civil, y en especial de los artículos 29, 745 y 758, resulta indudable que los no concebidos a la muerte del causante “son incapaces absolutos de suceder por testamento o sin él”. La jurisprudencia también se ha manifestado en esta línea destacando, al respecto la STS de 29 de noviembre de 1935 (*C.J.C.*, 1935, t. 221, núm. 64) que estima que es principio general en materia de sucesiones que quien al tiempo de la muerte del causante no ha sido concebido, carece de capacidad para suceder, lo cual se desprende de la relación armónica de los artículos 29, 745 y 758 del Código civil. J. L. Díez Pastor (“Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos”, *AAMN*, t. VI, Madrid, 1952, págs. 2 y 553) muestra su disconformidad en contra de la tesis favorable a entender como principio fundamental del Derecho

Supone éste uno de los argumentos fundamentales que han servido de base a GONZÁLEZ PALOMINO para quien los que no existen al abrirse la sucesión, ni siquiera como concebidos, carecen de capacidad para ser beneficiarios de la herencia.<sup>202</sup> Al respecto, estima este autor que el artículo 758 Cc, en su párrafo primero, determina que para calificar la capacidad sucesoria es necesario atenerse al momento de la muerte, y si bien el párrafo tercero del mismo precepto legal alude, en relación a la institución o legado condicional, “al momento en que se cumpla la condición”, este momento no es por sí solo decisivo, ya que el hecho de que este artículo incluya la palabra “*además*”, implica el que ambos requisitos sean cumulativos. Por lo tanto, aunque el *concepturus* tuviera capacidad en el segundo momento, al no existir, no lo habría podido tener en el primero.<sup>203</sup>

Sin embargo, esta teoría no ha dejado de tener detractores. Destaca especialmente Díez Pastor, partidario de la institución directa como heredero o legatario del *nondum conceptus*. Estima que el artículo 758 Cc no ha sido bien

---

sucesorio la necesidad de existencia del llamado al momento de la apertura de la sucesión. Alega al respecto que nuestro Código civil no expresa en su articulado el supuesto principio en virtud del cual, la sucesión hereditaria se limita a las personas que han nacido antes de la muerte del testador, ni tampoco la prohibición de que el no concebido suceda como heredero, sino que ambos “se obtienen por inducción de preceptos particulares, que tienen cada uno su finalidad concreta en un círculo de ideas alejado de aquellos, mediante una cierta interpretación que ni es la única posible ni siquiera la más probable”. Al respecto, M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, (*Compendio ... cit.*, pág. 47) mantiene que, dejando a parte la excepción de las sustituciones fideicomisarias, el artículo 758 Cc conduce a una solución negativa, ya que si la capacidad del heredero o legatario debe ser calificada al tiempo de la muerte del causante, respecto al no concebido, que tan sólo es una entelequia, resulta imposible postularse capacidad alguna; A. J. VELA SÁNCHEZ, (“El derecho de representación: cuestiones prácticas”, *Homenaje al Profesor L. Puig I Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 2495. Expone la posibilidad de que a tenor del art. 9 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, el marido o compañero *more uxorio* hubieran consentido previamente en escritura pública o testamento que su material reproductor pudiera ser usado en ellos seis meses siguientes a su fallecimiento. Al respecto y en contra de los que niegan la posibilidad de que tenga cabida el derecho de representación porque es necesario al menos estar concebido al momento de la muerte del primer causante, manifiesta que, para la virtualidad de la filiación *post mortem*, el reconocimiento de sus efectos debe ser interpretado de forma extensiva así, no sólo quedaría declarada la filiación matrimonial o no matrimonial del nacido por estas técnicas, sino que también tendría todos los derechos derivados de la misma, entre ellos los sucesorios, como si hubiera sido concebido en vida de su padre o del primer causante.

<sup>202</sup> J. GONZÁLEZ PALOMINO, *op. cit.*, págs. 158 y 159.

<sup>203</sup> *Cfr.*, *op. cit.*, págs. 158 y ss.

entendido, pues éste está incluido en una sección del Código referente a problemas de la capacidad que no plantea el no concebido, quien no es y por lo tanto no puede ser capaz ni incapaz ya que esta clasificación sólo puede ser atribuida a personas existentes. Este autor concluye al respecto que “el no concebido no plantea ningún problema de capacidad, porque de lo que no es nada se puede predicar (...) no será posible admitir al no concebido en los supuestos del artículo 758 (...)”.<sup>204</sup>

Por otra parte, el Código civil, a diferencia de otros países,<sup>205</sup> no recoge expresamente esta prohibición, lo que nos puede llevar a afirmar que la tesis tradicional tan sólo supone interpretaciones dadas por los autores a determinados preceptos cuya finalidad consiste en regular otro tipo de materias diferentes. En este sentido,

---

<sup>204</sup> Cfr. J. L. Díez Pastor, “Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos”, *AAMN*, t. VI, Madrid, 1952, págs. 553 a 558. Coinciden con este autor, entre otros, M. Albaladejo García (Comentarios... *cit.*, págs. 247 y 248) al entender que el artículo 758 Cc cuando afirma que “Para calificar la capacidad de heredero o legatario se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate”, no pretende prohibir la sucesión a aquellos que no existen todavía que puedan llegar a existir en el futuro pues este precepto “exige la capacidad, y nadie puede ser capaz sino existiendo”. Del mismo modo destaca S. Díaz Alabart (Comentario ... *cit.*, pág. 1875), que en su comentario a este precepto apunta que éste puede resultar engañosa pues cuando dice que “para calificar la capacidad (...) se atenderá al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate”, con ello no se está refiriendo a las personas incapaces por inexistencia a la muerte del *de cuius* y que puedan existir después, ya que a éstos, se les exige que tengan capacidad en el momento en el que tengan que heredar y no a la muerte del causante. En efecto, éste es el momento en el que se exige la capacidad del *concepturus*, pues es el momento en el que por existir, cumpliendo los requisitos del Código civil para que se le pueda considerar persona, habrá tenido lugar la condición que, entendemos, existe en el llamamiento a la herencia del no concebido. Consecuentemente, si la capacidad no le es exigida hasta entonces es porque precisamente hasta ese momento no se hará efectivo el llamamiento, es decir, no tendrá lugar la delación.

<sup>205</sup> En efecto, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Derecho, existen legislaciones en ciertos países que regulan específicamente la prohibición de que el no concebido pueda ser llamado a la herencia del *de cuius*. Así por ejemplo, entre otros, se encuentran, el Código civil Francés que en el art. 906, en virtud del cual “*Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d’être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d’être conçu à l’époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n’auront leur effet qu’autant que l’enfant sera né viable*”, recoge una prohibición expresa e inflexible con respecto al *concepturus*. También el Derecho italiano impone la necesidad de haber sido concebido en aras a determinar si una persona tiene capacidad para suceder. En este sentido, el art. 462 C. civ. it.: “*Capacità delle persone fisiche. – Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell’apertura della successione. Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell’apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta. Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti*”. El último párrafo de este precepto mantiene una norma especial que permite suceder a los hijos inmediatos de una persona viva al tiempo del fallecimiento del testador, aunque no estuvieran concebidos que fue introducida por el Código de 1865.

coincidimos con DÍEZ PASTOR en su crítica, antes aludida, relativa al argumento de la exigencia de existencia para poder ser llamado a la sucesión en base al artículo 758 Cc

No obstante, el Código civil prevé expresamente la posibilidad de que el *concepturus* pueda ser llamado a la sucesión del causante de un modo mediato, acudiendo, para ello, a la utilización de la denominada sustitución fideicomisaria reconocida por la práctica totalidad de la doctrina como límite a la regla en virtud de la cual, el que no ha sido concebido carece de capacidad para ser llamado a la herencia por falta de existencia.<sup>206</sup>

Admitido este modo de llamar a la herencia al *concepturus*, cabe ahora plantearse si éste puede ser llamado de forma inmediata, de tal suerte que, no sea

---

<sup>206</sup> En efecto, la posibilidad de instituir heredero a un no concebido mediante la sustitución fideicomisaria se desprende, sin lugar a dudas, del tenor literal del artículo 781 del Código civil, en virtud del cual, “*Las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador*”. En este sentido se manifiesta el TS en sentencia de 29 de noviembre de 1935 (C.J.C, 1935, t. 221, núm. 64), citada *supra*, en cuanto establece “*Que si bien es cierto que del sistema general del Código civil, y sobre todo de la armónica relación de los artículos 29, 745 y 788, despréndese el principio de que el ser que no se halla todavía concebido al tiempo de la muerte del causante, carece de capacidad para suceder, por falta de existencia, no lo es menos que esa regla tiene un límite impuesto por el juego de determinadas instituciones jurídicas, principalmente las sustituciones fideicomisarias, merced a las cuales puede el testador instituir a personas futuras, llamándolas como segundos herederos*”. En la misma línea se manifiesta, entre otras, la resolución de 22 de marzo de 1939 por entender que la única institución que reconoce derechos sucesorios a los no concebidos es la sustitución fideicomisaria. También hay en nuestra doctrina autores que se manifiestan en esta línea, destaca al respecto, J. GONZÁLEZ PALOMINO (*La enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, Conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, verano de 1948, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, pág. 65) afirma con rotundidad que “sólo por el mecanismo de la sustitución fideicomisaria y al amparo del artículo 781 en cuanto es excepción del 758, pueden llegar a adquirir la herencia los no concebidos al tiempo de la muerte del causante”. Esta misma teoría es defendida por A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA (“Preterición...” *cit.*, pág. 91), en lo que se refiere al *concepturus*, entiende que “en nuestro Derecho positivo no puede plantearse puramente, sino embebido en la sustitución fideicomisaria; en otras palabras, la designación del los *concepturi* en el Código civil puede lograrse con eficiencia jurídica por vía de sustitución fideicomisaria, no de institución o sustitución vulgar”. J. L. DÍEZ PASTOR (*op. cit.*, págs. 557 y ss.), por su parte, se muestra contrario a esta teoría al entender que el fideicomisario a quien sucede es al causante y no al fiduciario, éste no cubre el vacío entre la muerte del causante y el nacimiento del *concepturus*, todo lo cual le lleva a afirmar que “Eliminado por cualquier causa el fiduciario, el derecho del sustituto queda incólume, éste entra en la herencia como heredero directo, porque la sustitución fideicomisaria expresa implica tácitamente la vulgar, lo que supone que, cualquiera que sea la interpretación que aceptemos del artículo 758, el no concebido puede siempre llegar a suceder como heredero directo”.

necesario acudir para ello a la interposición de un primer heredero, denominado fiduciario, que reciba la sucesión y la transfiera después a aquél. La mayor parte de la doctrina, así como las sentencias más recientes del Tribunal Supremo, no encuentran inconveniente alguno en superar la concepción clásica, manteniendo una tesis favorable a la posibilidad de que el causante pueda llamar a la herencia de un modo directo a personas que no están concebidas al momento de su muerte.<sup>207</sup> Negar que se lleve a cabo lo dispuesto en las disposiciones testamentarias a favor del *concepturus*, sería ir en contra de la voluntad del testador, que siempre y cuando sea lícita, es decir, no contradiga las normas de carácter coactivo, referentes a la legítima y no vaya en contra de la moral o las buenas costumbres, será la única ley en la sucesión voluntaria prevaleciendo su interpretación sobre cualquier precepto de carácter dispositivo. Además, también hay, en sentido contrario, preceptos en virtud de los cuales se puede afirmar que nuestro Derecho permite el llamamiento sucesorio al *concepturus*. En efecto, el Código civil excepciona la nulidad de las disposiciones a favor de persona incierta siempre y cuando, por algún evento pudiera resultar cierta.<sup>208</sup>

---

<sup>207</sup> Son partidarios de esta tesis, J. L. DÍEZ PASTOR (*vid., op. cit.*, págs. 547 a 584 también en “Apéndice pseudopolémico”, *AAMN*, t. VI, Madrid, 1952, págs., 589 a 628), M. ALBALADEJO GARCÍA (*Curso ... cit.*, pág. 81) afirma con rotundidad que “queda clara la admisibilidad de que puedan suceder directamente al causante las personas físicas aún no concebidas a su muerte”, L. DÍEZ PICAZO - A. GULLÓN (*vid. op. cit.*, pág. 432, nota. 1). La STS de 28 de noviembre de 1986 (*RJA*, 1986, núm. 6622), si bien se refiere a un supuesto de persona jurídica, dice literalmente que “La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los “concepturus” sean declarados herederos, no ya sólo por vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución”. En el mismo sentido y reproduciendo estas palabras se manifiesta, entre otras, la STS de 9 de febrero de 1998 (*RJA*, 1998, núm. 609) que entiende no haber obstáculo alguno en que “el «concepturus» sea declarado heredero, no ya sólo por la vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución”.

<sup>208</sup> Efectivamente, nuestro Código civil establece una excepción a la nulidad de las disposiciones testamentarias hechas a favor de persona incierta en su artículo 750, que dice expresamente que “Toda disposición a favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta”. En base a este precepto, J. M. LETE DEL RÍO (*op. cit.*, pág. 62) aboga, frente a la tesis clásica, por admitir la institución de heredero o legatario del “no concebido” de modo directo siempre que éste sea identificable concluyendo al respecto, “por ejemplo: el hijo que tengan tales personas; pues, en este caso, no podrá considerarse nula dicha institución por tratarse de persona incierta, ya que el artículo 750 del Cc exceptúa el supuesto de que “por algún evento pueda resultar cierta”. En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1963 (*RJA*, núm. 1996) “en nuestro Derecho Positivo no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder mortis causa de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables o identificadas en su existencia real como tales personas”. En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las RRDGRN de 27 de diciembre de 1982 (*RJA*, núm. 8065 ) “(...) en nuestro Derecho positivo y en base al artículo 745.1º, en relación con los 29, 30 y 758, así como 781, 783 y 785, no existe prohibición alguna respecto a la posibilidad de suceder mortis-causa de las personas no nacidas ni todavía engendradas, siempre que sean de algún modo identificables e identificadas en su existencia real como tales personas, pues en otro

Consecuentemente, frente a la tesis tradicional, debe admitirse la efectividad de la institución de heredero o legatario del *nondum conceptus*, institución que tendrá carácter condicional. En consecuencia, será aplicable al caso artículo 801, “*se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice o haya certeza de que no podrá cumplirse*”.<sup>209</sup>

Existe, sin embargo, otro modo directo de instituir heredero o legatario al no concebido sin necesidad de poner la herencia en administración. Esta fórmula, muy común en la práctica, consiste en una disposición directa a favor del no concebido con previo usufructo a favor de otra u otras personas.<sup>210</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo había dado por buenas estas disposiciones en las que se llama al usufructo a una persona y a la nuda propiedad a los hijos que el usufructuario dejase al morir y que

---

*caso la institución –en este supuesto, el legado– por ser a favor de un sujeto incierto sería ineficaz, sin que obste a ello el que el testador los haya concretado no en forma específica, sino genéricamente con tal de que exista certeza del beneficiario” y la ya citada RDGRN de 29 de enero de 1988 (RJA, núm. 316) cuyo tercer fundamento de derecho manifiesta expresamente que “hay también llamamientos a favor de “nondum concepti” los cuales (...), son posibles en nuestro ordenamiento (...), siempre que los favorecidos sean identificables”.*

<sup>209</sup> Cfr. M. DE LA CÁMARA, *Compendio... cit.*, pág. 48. Esta tesis coincide con la orientación última del Tribunal Supremo partidaria de prescindir de la sustitución fideicomisaria por entender que lo dejado por el testador a la persona futura debe ponerse en administración hasta que ésta sobrevenga aplicando los artículos 801 a 804 a la situación de pendencia producida. En este sentido se pronuncia la STS 4 de febrero de 1970 (RJA, núm. 524) “(...) pues sin necesidad de encuadrar la voluntad testamentaria, por encima de sus palabras, en una de las instituciones del derecho sucesorio como la “sustitución” fideicomisaria que es lo que propugna una parte de la doctrina y la sentencia de este Tribunal de 5 de marzo 1944 (RJA, núm. 303) lo que hay que hacer es dar paso a una situación de “pendencia” en cuanto al titular de la nuda propiedad, (...); y que en el caso de herencia “pendente conditione” están reguladas por los arts. 801 al 804 del C. c., con remisión expresa de este último al 186 del mismo cuerpo legal; que es lo que se alega en el motivo tercero del recurso con la finalidad, perfectamente justificada, de poner de relieve que la mencionada cláusula no es contraria a derecho, que ha de ser estimado pues al no existir de momento un titular efectivo de la nuda propiedad, la Ley habilita medios para proveer a la administración de la herencia o de la parte de ella sometida a condición durante la vacancia”. Este mismo criterio lo recoge y desarrolla, para un supuesto similar, la STS 17 de marzo de 1934 (RJA, núm. 466).

<sup>210</sup> J. L. DÍEZ PASTOR (“Las disposiciones testamentarias...”, *cit.*, pág. 567) señala esta opción como de gran utilidad y que ha sido empleada constantemente. Sin embargo, no por ello niega que sea posible la simple institución, sino que respecto a ésta, entiende que “aunque sea posible, no es útil ni está en uso (...)”.



podrían no haber sido todavía concebidas al fallecer el testador.<sup>211</sup> Tesis ésta que, en palabras de DE LA CÁMARA, si bien resulta “sumamente discutible, hay que darla por buena”. La herencia, añade deberá estar en administración hasta que se sepa si el llamado nacerá o no. Por ello, ya que la adquisición de la herencia no puede demorarse indefinidamente, las disposiciones a favor de los no concebidos presuponen que la disposición testamentaria determine las circunstancias necesarias para identificar al futuro y posible heredero y marque un límite temporal a la vigencia del llamamiento.<sup>212</sup>

La viabilidad de la citada fórmula ha sido negada por GONZÁLEZ PALOMINO. Para el autor no puede concebirse un usufructo sin nuda propiedad, y en el supuesto estudiado no existe nuda propiedad por cuanto el no concebido no puede ser titular de dicho derecho así como de ningún otro, de tal modo que la única posibilidad de dar eficacia, en este sentido, a la voluntad del testador se encuentra en la utilización de la sustitución fideicomisaria.<sup>213</sup>

Nuevamente destaca DÍEZ PASTOR en su crítica hacia la teoría de GONZÁLEZ PALOMINO por entender que si bien es cierto que el usufructo requiere la existencia de la nuda propiedad, éste no deja de ser un problema puramente teórico.<sup>214</sup> Además, no se puede admitir que en el presente supuesto no exista nuda propiedad, simplemente el testador lo que hace es constituir un usufructo por vía de legado e instituir herederos bajo condición suspensiva lo cual tal y como se ha estudiado está

---

<sup>211</sup> SSTs de 24 de marzo de 1930 (*RJA*, núm. 791), 17 de marzo de 1934 (*RJA*, núm. 466), 6 de marzo de 1944 (*RJA*, núm. 303).

<sup>212</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio... cit.*, pág. 48.

<sup>213</sup> J. GONZÁLEZ PALOMINO, cfr., “Diagnóstico...”, *cit.*, págs. 156 a 165.

<sup>214</sup> J. L. DÍEZ PASTOR (“Las disposiciones...” *cit.*, págs. 568 a 570) entiende efectivamente se trata de una afirmación puramente teórica y que si bien es cierto que el usufructo es un contenido potencial de la nuda propiedad, dicha afirmación no puede “inducir la correlativa, no hay usufructo sin nuda propiedad”.

perfectamente admitido. En efecto la herencia sujeta a condición puede estar sin titular el tiempo que se quiera.<sup>215</sup>

Por otra parte, el hecho de que el artículo 787 Cc<sup>216</sup> establezca la posibilidad de dejar el usufructo a una persona y el todo o parte de la herencia a otra totalmente distinta, poniendo como límite el artículo 781 Cc, no ha de servir de objeción ya que éste último en ningún momento se ha propuesto definir la estructura del usufructo. Además, añade al respecto DÍEZ PASTOR, que el artículo 787 Cc “tiene dos caras: en cuanto límite de las vinculaciones, es coactivo; en lo demás es tan dispositivo como hemos dicho que lo son todos los preceptos que articulan las sustituciones, los cuales ceden a la voluntad del testador, que puede disponer todo lo que sea lícito, moral y materialmente realizable. Las disposiciones serán ineficaces “sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código” (art. 743). Aunque tomemos, como es debido, el término expresamente en un sentido espiritual y no literal, hace falta muy buena voluntad para ver una sanción de nulidad en la anodina expresión del párrafo primero del artículo 787”.<sup>217</sup>

En lo relativo a lo dispuesto en el artículo 787.3º del Código civil, en cuanto a la posibilidad de que éste ponga como límite el artículo 781 del mismo texto legal, conviene señalar además, que aquél nos reconduce a la norma relativa de la sustitución fideicomisaria en el supuesto en que sean varias las personas llamadas al usufructo de un modo sucesivo, lo cual no ocurre en el supuesto estudiado.

---

<sup>215</sup> Este constituye otro de los fundamentos en los que se basa J. L. DÍEZ PASTOR (“Las disposiciones...” *cit.*, págs. 570, 572 y 573). Añade este autor, en lo relativo al usufructo que si bien este puede ser dejado no sólo mediante legado sino que el testador también puede dejar el usufructo universal a título de herencia, este supuesto sería más complicado en aras a distinguir la situación de una sustitución fideicomisaria.

<sup>216</sup> Art. 787 Cc: “La disposición en que el testador deja a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida. Si llamare al usufructo a varias personas, no simultánea, sino sucesivamente, se estará a lo dispuesto en el artículo 781”.

<sup>217</sup> J. L. DÍEZ PASTOR, “Las disposiciones testamentarias...”, *cit.*, págs. 571 y 572.

Por lo tanto, habida cuenta que, tanto si se dejan los bienes de la herencia en administración como si se dejan a un usufructuario, tendrá lugar una institución sujeta a condición suspensiva, regirá, en lo relativo a la vocación y delación lo dispuesto con anterioridad para el llamamiento realizado bajo condición suspensiva. En consecuencia, desde el momento de la apertura de la sucesión, y *pendente condicione*, el no concebido será vocado, quedando la delación retardada o diferida a la espera de que aquélla se cumpla.

### *B) Incapacidad relativa e indignidad*

Además de las incapacidades absolutas -o quizás sería más correcto hablar de inexistencia de personas- el Código civil incluye dentro de la misma sección denominada, “*De la capacidad para suceder por testamento y sin él*” (Sección 1ª, Capítulo II, Título III, Libro tercero) una serie de supuestos que, bajo la denominación de incapacidades relativas e indignidad sucesoria, dan lugar a la privación de la herencia. Se trata de dos figuras que presentan muchas notas en común, ya que no sólo se encuentran reguladas en el Código civil bajo una misma rúbrica, sino que, el artículo 756 Cc, al establecer *ab initio* que, “*Son incapaces de suceder por causa de indignidad*” parece dar a entender que la indignidad supone una de las modalidades de la incapacidad para suceder con lo que debe seguir el mismo régimen.<sup>218</sup> Sin embargo, pese al marcado nexo que las une, en cuanto impiden que el heredero entre en posesión de la herencia, ambas son diferentes surgiendo alrededor de las mismas discrepancias doctrinales.<sup>219</sup> En concreto discute nuestra doctrina sobre el encuadramiento que ha de

---

<sup>218</sup> L. DÍEZ PICAZO - A. GULLÓN (*op. cit.*, pág. 424) ponen de manifiesto el hecho de que el Código civil considera la indignidad como una causa de incapacidad en cuanto, afirma este autor, “El artículo 756 enumera una serie de personas a las que considera incapaces de suceder por causa de indignidad. En el artículo 758 también se conexiona la capacidad con la indignidad. En el artículo 852 se dice que “son justas causas de desheredación, en sus respectivos casos, las de incapacidad por indignidad para suceder”.

<sup>219</sup> STS 11 de febrero de 1946 (*RJA*, núm. 121) “(...) *sin pretensiones de identificar en absoluto las causas de incapacidad con las de indignidad para suceder «ex» testamento o abintestato, hay en ellas un marcado nexo que las preside en cuanto unas y otras tienden a impedir que el heredero entre en la posesión de la herencia (...)*”. Al respecto, F. HERNÁNDEZ GIL (*op. cit.*, págs. 471 y 472) estima que ambas producen efectos diferentes lo cual se debe a que “son instituciones diversas, aunque estén reguladas en el Código bajo una misma rúbrica y aunque presenten muchas notas comunes”.

darse a la indignidad y si tiene lugar la delación en el supuesto de que el llamado a la herencia fuera declarado indigno.

En líneas muy generales puede decirse que las incapacidades relativas, reguladas en los artículos 752 a 754 Cc, afectan a determinadas personas que, siendo perfectamente capaces en general, y pudiendo ser sucesores abintestato con relación a cualquier causante, se encuentran incapacitadas para suceder a un determinado testador.<sup>220</sup> El motivo de estas incapacidades se encuentra en el intento de evitar que un sujeto determinado ejerza sobre el testador una influencia indebida coaccionándolo para disponer a su favor. Así se garantiza la libertad de la declaración de voluntad testamentaria.

Por su parte, la indignidad, que si bien, al igual que la incapacidad es una cualidad relativa frente a un determinado causante, supone una cualidad relativa a la conducta del indigno con el *de cuius* que, basada en razones morales y éticas tiene consideración de pena privada, no limita la libertad del testador para favorecer o perdonar al indigno y puede derivar de causas sobrevenidas una vez abierta la sucesión o incluso tras la aceptación de la herencia.<sup>221</sup> Además, a diferencia de las anteriores que sólo afectan a las disposiciones testamentarias, éstas hacen referencia tanto a la sucesión testada como a la intestada.<sup>222</sup>

Con respecto a la existencia o no de delación en caso de indignidad, la polémica existente al respecto se encuentra latente entre nuestros juristas españoles.

---

<sup>220</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones.... cit.*, pág. 255.

<sup>221</sup> Efectivamente, véase el artículo 756.4º en virtud del cual son incapaces para suceder por indignidad, “El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando ésta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay la obligación de acusar”.

<sup>222</sup> *Vid.*, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones....cit.* pág. 246.

Es posición común en nuestra doctrina tradicional aquélla que entiende que la distinción entre indignidad e incapacidad radica en el hecho de que ésta impide *ab initio* el nacimiento de la delación, mientras que la primera hace desaparecer sus efectos, ya que no produce la nulidad de la disposición testamentaria o el llamamiento intestado, sino que entraña una sanción civil, de tal suerte que el indigno que llega a adir la herencia tiene un título hereditario válido.<sup>223</sup> Así pues, habrá o no delación dependiendo si la causa que produjo la indignidad tuvo lugar antes o después de la muerte del causante.<sup>224</sup> Esta diferencia tan arraigada en nuestra doctrina tradicional, producto del Derecho histórico,<sup>225</sup> encuentra no obstante con detractores que defienden la ausencia de la delación incluso en el supuesto del indigno.<sup>226</sup>

---

<sup>223</sup> En este sentido se manifiestan numerosos autores de nuestra doctrina. Así por ejemplo R. M<sup>a</sup>. ROCA SASTRE (*Notas al Derecho de sucesiones, de T. Kipp*, vol. 2º, en *Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolf*, t. V, Barcelona, Bosch, 1951, págs. 376 y 377, nota 1) estima que la indignidad sucesoria no puede equipararse a la incapacidad de suceder propiamente dicha, pues existe una acusada diferenciación entre ellas, por cuanto la primera causa la nulidad de la disposición testamentaria ordenada por el testador a favor del incapaz. Esta nulidad opera *ipso iure* de tal suerte que el incapaz que llega a adir la herencia sólo puede adquirir los bienes, al igual que cualquier otro poseedor, mediante la usucapión por carecer de título hereditario idóneo. Por el contrario, la indignidad no provoca la nulidad de las disposiciones testamentarias ni del llamamiento intestado sino que, tan sólo da lugar a una sanción o pena civil que obstaculiza que el indigno suceda, cuyo efecto se produce sólo a reclamación de los interesados de tal suerte que si el indigno llega a poseer los bienes de la herencia, sí tendrá un título hereditario válido. De un modo análogo se expresa F. HERNÁNDEZ GIL (*op. cit.*, págs., 473 y sig.) quien estima que la delación sí tiene lugar en el supuesto de indignidad. En Derecho comparado, defienden esta misma tesis entre otros, G. BAUDRY-LACANTINERIE/A. WAHL (*Traité théorique et pratique de Droit Civil*, t. I, 3ª édition, Paris, 1905, pág. 136) que señalan ésto como una de las diferencias entre incapacidad e indignidad afirmando al respecto que “*L’incapacité empêche d’acquérir le droit héréditaire; l’indignité empêche seulement de le conserver*”.

<sup>224</sup> F. LLEDÓ YAGÜE, (*Derecho de sucesiones. Delación-legítimas-reservas*, vol. I, Bilbao 1989, págs. 114 y 115) manifiesta que: “Si por regla general aquéllas (las casusas del art. 756) hacen inepto al ofensor para suceder mortis causa al ofendido, por lo que no habrá para éste delación ni testamentaria ni legal; es decir, se le excluirá de su herencia; sin embargo no obstará que en otros casos existiere *ab initio*, delación (todo lo claudicante que se quiera) al indigno cuando la causa de indignidad acontezca después de la muerte del causante, y no antes de la apertura de la sucesión”.

<sup>225</sup> Tanto en el Derecho romano como en el Derecho común la indignidad se distinguía de la incapacidad en que el indigno era sujeto de una delación de tal suerte que recibía la herencia aunque luego se viera privado de ella: “*potest capere sed non potest retinere*”.

<sup>226</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA (*Curso de Derecho Civil... cit.*, pág. 83), en cuya opinión, “el efecto que produce la indignidad es el de, haciendo inepto para suceder al indigno (...) excluir la delación a su favor. Así que, en consecuencia, no resulta llamado a la sucesión del causante”. Sin embargo aclara esta afirmación manifestando que “hay que entenderlo con la excepción de que, como puede ocurrir, el hecho que da lugar a la indignidad lo realice después de haberlo recibido. Entonces al incurrir en indignidad, se borra retroactivamente la delación que en este caso sí se había producido a su favor”. Asimismo, M. ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 51) “No puede haber verdadera delación, es decir, llamamiento

Una tercera tesis, cada vez más frecuente en la actualidad, entiende que habida cuenta su régimen común (arts. 760 y 762 Cc), tanto el relativamente incapaz como el indigno son sujetos titulares de una delación, si bien con efectos claudicantes, de tal suerte que, la falta de impugnación por uno de los sujetos interesados en el plazo de cinco años establecido por el Código civil (artículo 762), conducirá a una adquisición definitiva de la herencia.<sup>227</sup>

MENA-BERNAL ESCOBAR pone de relieve la difícil solución al respecto, por entender que tanto la corriente a favor de la existencia de la delación como la contraria encuentran fundamento jurídico. Así las cosas, expone la autora las dos posibilidades existentes. Por un lado, en caso de admitir que no existe delación ello será porque jurídicamente hablando no cabe el ofrecimiento particular al indigno, lo cual se debe o bien a que éste no se encuentra entre los llamados por ser de antemano excluido por la ley, bien porque carece de la capacidad necesaria para ello. Si, por el contrario, se entiende que sí existe delación a favor del indigno, será porque éste es objeto de

---

susceptible de ser aceptado, cuando la persona a quien el llamamiento se dirige es a los ojos de la Ley indigna de suceder al causante, y carece, en consecuencia, de aptitud para prestar una aceptación eficaz”. Añade este autor, que resulta fuera de duda que tanto la incapacidad relativa como la indignidad “impiden la existencia de delación o llamamiento susceptible de aceptación”.

<sup>227</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones... cit.*, págs. 266 y 267. *Vid. también Elementos (... cit.*, 1981, págs. 81 y 82) entiende que es imposible sostener esta distinción en el Derecho español, habida cuenta que en nuestro Código civil, las incapacidades relativas se encuentran en principio equiparadas a la “incapacidad por causa de indignidad”, lo cual se deduce del artículo 756.4º. Además, ambas se encuentran incluidas en un mismo capítulo y están sometidas a una misma disciplina que se refiere, de un modo genérico, en los artículos 760 y 762 a la “incapacidad”. Consecuentemente, aboga este autor por defender la existencia de delación tanto para el supuesto de indignidad como para el de incapacidad relativa afirmando al respecto que en ambos casos “la delación se produce a favor del indigno o incapaz, si bien es una delación cuyos efectos son claudicantes”. L. DÍEZ PICAZO - A. GULLÓN (*op. cit.*, pág. 423) “que existe una delación al incapaz que puede hacerse firme e inatacable lo demuestran los artículos 760 y 762, en cuanto que contemplan el supuesto de que entren en posesión de los bienes hereditarios (porque han aceptado la sucesión) y la firmeza de su delación cuando transcurren cinco años desde aquella entrada y no se ha ejercitado acción para declarar la incapacidad. Coordinando estas consideraciones, cabe afirmar que el incapaz relativamente tiene una delación claudicante”. VALLET DE GOYTISOLO (*Panorama del Derecho de Sucesiones II, Perspectiva dinámica*, Madrid, Civitas, 1984, pág. 313) califica sin embargo la delación de “aparente” porque entiende que “puede dar lugar, aunque no siempre (...) a la apariencia de un heredero o un legatario que podrá desvanecerse o que se hará real con el transcurso del plazo de caducidad de la acción de impugnación”.

ofrecimiento al encontrarse entre los llamados a suceder y porque además tiene la capacidad suficiente.<sup>228</sup>

Dicho lo cual, la discusión doctrinal sobre la existencia o no de delación en el supuesto de indignidad aflora un tema de fondo que podría constituir la base fundamental para dar una respuesta al asunto. Así, la solución depende de la concepción jurídica que se tenga de la indignidad, en el sentido de que si ésta se concibiera como una incapacidad entonces no podría hablarse de delación, ya que presupone para su existencia de la aptitud necesaria. Por el contrario, si se concibe la indignidad como una causa de exclusión de herencia, en este caso sí se permite la delación ya que existe capacidad para ser llamado, sin perjuicio de que su eficacia pudiera verse posteriormente frustrada.<sup>229</sup>

En nuestro Derecho patrio no existía esta confusión, ya que ambas “incapacidades” estaban claramente diferenciadas entre sí, de tal suerte que el indigno era heredero y adquiriría la herencia, aunque luego se viera privado de ella (*potest capere sed non retinere*). Por el contrario, el incapaz no podía ser heredero en ningún momento. Admitida pues la capacidad para suceder del indigno, no había discusión sobre la existencia de delación a su favor ostentando así la cualidad de “heredero”. Esta diferenciación ha estado latente a lo largo de nuestra historia jurídica, incluso en los textos prelegislativos antecedentes inmediatos de nuestro Código civil. Así, tanto el Proyecto de 1851 como el Anteproyecto de 1882-1888 diferenciaban ambos conceptos al referirse a los “*indignos*” y no a los “*incapaces de suceder por causa de indignidad*”<sup>230</sup>. Además, en ambos textos se califica la indignidad más bien como una exclusión de la herencia que como una incapacidad para suceder.<sup>231</sup>

---

<sup>228</sup> M<sup>a</sup> J., MENA-BERNAL ESCOBAR, *La indignidad para suceder*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 32 y ss.

<sup>229</sup> F. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pág. 475; M<sup>a</sup> J., MENA-BERNAL ESCOBAR, *op. cit.*, pág. 35.

<sup>230</sup> Art. 617 del Proyecto de 1851 y 754 del Anteproyecto de 1882-1888.

<sup>231</sup> En efecto, los artículos 619 y 623 del Proyecto, y sus homólogos 755 y 760 del Anteproyecto hablan de “las exclusiones por causa de indignidad”.

El Código civil, sin embargo, parece apartarse de esta tradición histórica al calificar, en primer lugar, la indignidad como una “incapacidad para suceder”. En efecto, la regulación de la indignidad tiene lugar en la Sección titulada “*De la capacidad para suceder por testamento y sin él*”, cuyo primer artículo, el 744 establece literalmente que: “*Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por ley*”, y acoge bajo dicho concepto, entre otros, los artículos reguladores de la indignidad. Asimismo, existen numerosos artículos cuya literalidad pone de relieve esta calificación jurídica.<sup>232</sup> Además, nuestro texto legal utiliza el término “incapacidad” para referirse indistintamente a la incapacidad y a la indignidad<sup>233</sup>. También se refieren a la indignidad los artículos 758 Cc relativo al momento en que se ha de calificar la capacidad del llamado a la herencia, que se refiere a las causas del 756; el artículo 164.2º Cc, que relativo a la administración de los bienes de los hijos, exceptúa de la administración paterna entre otros supuestos “*los (...) que no hubieran podido heredar por causa de indignidad (...)*”; y el artículo 929 en cuanto dispone que “*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*”

Pese a que a primera vista parece pues indiscutible la naturaleza jurídica de la indignidad para suceder, la cuestión no es tan clara pudiendo concluir como hace MENA-BERNAL ESCOBAR que la indignidad “no impide que el indigno llegue a ser heredero mediante la aceptación, sin embargo sirve de base para excluirle de la herencia. Así pues, vista la indignidad más que como una incapacidad como una causa de exclusión de herencia (...) el Código contiene una incorrecta o inexacta calificación jurídica de la indignidad”.<sup>234</sup>

---

<sup>232</sup> Art. 756 Cc: “*Son incapaces de suceder por causa de indignidad (...)*”. De igual manera, el artículo 852 Cc manifiesta que: “*Son justas causas para la desheredación (...), las de incapacidad por indignidad para suceder (...)*”.

<sup>233</sup> Los artículos 760 (“*El incapaz de suceder, que contra la prohibición de los anteriores artículos (...)*”), 761 (“*Si el excluido de la herencia por incapacidad (...)*”) y 762 Cc (“*No puede deducirse acción para declarar la incapacidad (...)*”) hacen alusión a la indignidad.

<sup>234</sup> M<sup>a</sup> J., MENA-BERNAL ESCOBAR, *op. cit.*, págs. 42 y ss. En la misma línea, R. M<sup>a</sup>. ROCA SASTRE, entre otros, pone de manifiesto el hecho de que la indignidad no impide al indigno que pueda aceptar la herencia y por ende llegar a ser heredero (*Vid. Notas al Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 176).



Varios son los argumentos que con acierto expone la citada autora a lo largo de su obra.<sup>235</sup> En efecto, en el texto legal a tratar se pueden vislumbrar cierta confusión y mezcolanza, pues se puede observar como los preceptos reguladores indistintamente de la incapacidad propiamente dicha y de la indignidad confunden figuras jurídicas distintas como son “incapacidades relativas”, “incapacidades absolutas” e “indignidad”. Por otro lado, los artículos 760 y

hablan de “incapacidad”, “prohibición” y “exclusión” como términos sinónimos cuando tal sinonimia no es tal. Si no fuera poco, el Código civil, en ciertos preceptos otorga a la indignidad ciertos efectos jurídicos que presuponen la existencia de capacidad para suceder en el indigno. Se trata de los artículos 757 y 762 Cc. El primero establece que *“Las causas de indignidad dejan de surtir efecto (...)”* con lo que se permite al llamado, que ha incurrido en alguna de ellas, que pueda adquirir la herencia de la que, de otra forma, se vería privado. Verdaderamente, si esto es así resulta evidente que se presupone la capacidad del indigno para suceder. También el segundo precepto aludido presupone la capacidad del indigno para heredar, pues si en virtud del mismo, *“no puede deducirse acción para declarar la incapacidad pasados cinco años desde que el incapaz está en posesión de la herencia o legado”* se está constituyendo una situación jurídica como inatacable, y consecuentemente se le está reconociendo capacidad para ello.

Lo expuesto no deja duda de que el indigno es delado y por tanto puede llegar a ser heredero. Sin embargo, coincidiendo con LACRUZ BERDEJO, apoyamos también la existencia de delación cuando concurre alguna causa de incapacidad relativa. En efecto, no se puede negar que, en lo referente a las incapacidades relativas, el Código civil utiliza expresiones como *“serán nulas”* o *“no producirán efecto”* las disposiciones testamentarias hechas a favor del incapaz, pero no se puede olvidar que las deficiencias terminológicas se encuentran patentes en numerosos preceptos del

---

<sup>235</sup> Cfr. M<sup>a</sup> J., MENA-BERNAL ESCOBAR, *op. cit.*, págs. 38 y ss.

mismo.<sup>236</sup> Además, tal como apunta el citado autor, “en el Código civil los términos de ineficacia o nulidad se emplean asimismo para designar la simple anulabilidad, género en el cual puede incluirse la ineficacia originaria o sobrevenida de la vocación del indigno o del incapaz *stricto sensu*”.<sup>237</sup>

Además, tal y como fundamenta el último grupo de autores al que hemos hecho referencia, tanto la incapacidad como la indignidad, en cuanto se encuentran reguladas en la misma sección del Código civil, han de compartir los mismos efectos de tal suerte que los artículos 760 y 762 de este texto legal son de aplicación a ambos supuestos.<sup>238</sup>

El artículo 760 prevé que el incapaz o el indigno entre en posesión de los bienes hereditarios. Por su parte, el artículo 762 que es de aplicación tanto al indigno como al relativamente incapaz, responde claramente al principio *potest capere sed non retinere*, ya que éste permite interponer la acción de incapacidad tras la entrada en posesión de los bienes por parte del incapaz, lo cual implica, una vez deferida la herencia.

La delación producida será, eso sí, claudicante, en tanto en cuanto el derecho que se adquiere a la herencia está sujeto a resolución, en cuyo caso, los bienes

---

<sup>236</sup> Así por ejemplo, en repetidas ocasiones habla el Código civil de heredero cuando el sujeto al que se refiere es tan sólo un llamado a la herencia, pues para ser heredero es preciso que se haya aceptado la herencia.

<sup>237</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 267.

<sup>238</sup> Así se estableció ya de un modo más claro en el Proyecto de 1851 en el que el precepto equivalente al actual artículo 762 Cc, incluía expresamente ambos supuestos (artículo 622 del Proyecto de 1851, “*El indigno ó incapaz que hayan entrado en posesión de los bienes contra lo dispuesto en los artículos anteriores, están obligados á restituirlos con todos los frutos y rentas que de ellos hayan percibido, y con las acciones que hayan tenido los mismos bienes*”). Al respecto L. DÍEZ PICAZO - A. GULLÓN, *op. cit.*, pág. 423, “que existe una delación al incapaz que puede hacerse firme e inatacable lo demuestran los artículos 760 y 762, en cuanto que contemplan el supuesto de que entren en posesión de los bienes hereditarios (porque han aceptado la sucesión) y la firmeza de su delación cuando transcurren cinco años desde aquella entrada y no se ha ejercitado acción para declarar la incapacidad”.

adquiridos habrán de ser restituidos y todo quedará como si hubiera nulidad *ab initio*, es decir como si nunca hubiera existido la delación.<sup>239</sup>

Así pues, huelga señalar, como manifiesta ALBALADEJO, que la solución otorgada a esta polémica carece de trascendencia práctica, “porque, en todo caso: por un lado aunque fuese verdad que el indigno recibió delación, cuando se impugne por indignidad su sucesión, aquélla se entenderá borrada retroactivamente, y, por otro lado, aunque sea verdad que no recibió delación, pasado el tiempo durante el que puede ser atacada la sucesión del indigno, éste no cabe que sea removido de ella, y conservará los bienes”.<sup>240</sup>

### III. LA ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA: SISTEMAS DE ADQUISICIÓN

La adquisición de la herencia, constituye la última fase del denominado fenómeno sucesorio, pues con ésta se pone fin a la vacante producida por la muerte de una persona, siendo cubierta por quien adquiere la herencia que se le defiere, que en nuestro sistema jurídico, tiene lugar mediante la aceptación de la misma.<sup>241</sup> En este sentido manifiesta VATTIER FUENZALIDA, el derecho de representación se da, concretamente en la etapa denominada herencia deferida, y por tanto en una etapa anterior a la adquisición de la herencia. Consecuentemente, nuestro instituto se muestra insensible al sistema de adquisición de herencia que quiera seguirse, a saber, romano o germánico.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Gracias a estos efectos retroactivos, la existencia de delación a favor del incapaz y del indigno no afectan a la viabilidad de la representación sucesoria lo cual se estudiará con más detenimiento en su epígrafe correspondiente.

<sup>240</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho civil ...*, cit., pág. 83

<sup>241</sup> Es importante la aclaración de nuestro sistema jurídico porque no en todos se consuma la adquisición de la herencia a través de la aceptación sino tan sólo en aquellos basados en el sistema romano. Así, en los ordenamientos jurídicos de influencia germánica no es necesaria la aceptación de la herencia para su adquisición, sino que ésta tiene lugar por el solo hecho de la muerte del *de cuius* siendo esencial para que dicha adquisición no se produzca que tenga lugar la repudiación.

<sup>242</sup> Cfr. *op. cit.* págs. 35 y ss.

Si bien no pretendemos llevar a cabo en este epígrafe un estudio detallado de la adquisición de la herencia, sí entendemos necesario aludir a la misma en este encuadre sistemático ya que, la existencia de un sistema de adquisición que opera *ipso iure* a la muerte del causante puede dar lugar a plantearse la existencia de delación en el mismo, lo cual influiría además, en el estudio del *ius transmissionis* en relación con este sistema hereditario. En efecto, el denominado sistema germánico ha planteado dudas doctrinales en torno a la representación sucesoria. El hecho de que la adquisición germánica opere “*ipso iure*”, es decir, por la sola muerte del causante y sin necesidad de aceptación ha llevado a plantearse a la doctrina si realmente existe delación en este sistema adquisitivo y consecuentemente si en éste es puede hablar de derecho de representación.<sup>243</sup>

Partiendo de que la adquisición de la herencia consiste en la ocupación, por un nuevo titular, de la vacante producida a la muerte de un sujeto determinado, se distinguen, dos sistemas de adquisición *mortis causa*: la adquisición por aceptación y la adquisición *ipso iure*.

Respecto del primero, conocido como sistema romano, como bien se expuso más arriba, éste no plantea duda alguna en relación con la existencia de la delación. Efectivamente, en virtud del mismo, el llamamiento a la herencia atribuye a quien ha sido llamado la posibilidad de aceptarla o repudiarla, con lo que la delación no otorga la cualidad de heredero sino que supone un ofrecimiento de la posibilidad de adquirir de tal suerte que será el delado, el que voluntariamente aceptará o repudiará la herencia a la que ha sido llamado.

---

<sup>243</sup> Al respecto no se muestra conforme VATTIER FUENZALIDA (*op. cit.*, pág. 36) quien entiende que el derecho de representación se muestra insensible ante el sistema de adquisición de herencia ya que rige lo mismo en el sistema romano de adquisición por aceptación que en el sistema germánico de adquisición *ipso iure*. Afirma este autor que lo que realmente ha llevado a dudar de la existencia de la representación sucesoria en el Derecho alemán no es el sistema de adquisición de herencia sino el sistema de parentelas adoptado por este ordenamiento en materia de sucesión *ab intestato*. Ver en este sentido a J. BINDER, *Derecho de sucesiones*, traducción y anotaciones de Derecho español por J. L. Lacruz Berdejo, Barcelona, Labor, 1953, pág. 161, nota 1.

La cuestión es diferente cuando rige el sistema germánico, pues la eficacia del llamamiento atribuye al llamado la cualidad de heredero. Sin embargo, esto no debe llevar a la errónea conclusión de que el sistema germánico carece de delación,<sup>244</sup> pues esta cualidad atribuida tiene un carácter provisional, habida cuenta, existe también en este sistema de adquisición la posibilidad de aceptar o repudiar la herencia,<sup>245</sup> con la salvedad de que la aceptación supone aquí, valga la redundancia, una repudiación a la posibilidad de repudiar la herencia. El llamado, en caso de repudiar dejará de ocupar la posición de heredero que tenía desde la apertura de la sucesión y sus efectos se retrotraen al momento de la muerte del causante.

No obstante lo expuesto, parece que el tipo de sistema adquisitivo no afecta al derecho de representación que, como se manifestó, tiene lugar en un momento lógico y cronológico anterior a la adquisición. Así pues, la sucesión por representación tendrá lugar independientemente del sistema que haya de seguirse. Por lo tanto, el sistema germánico no excluye la representación, pues la adquisición *ipso iure* de la herencia no produce la inexistencia de la delación. Aquí también el sujeto es llamado, si bien el llamamiento coincide en el tiempo con la adquisición por lo que no requiere aceptación.

---

<sup>244</sup> Efectivamente, coincidimos con F. JORDANO FRAGA (*Vid., op. cit.*, págs. 47 y ss.) quien elabora esta idea y admite la existencia del *ius delationis* en el sistema germánico concluyendo, al respecto, que en el sistema germánico, si bien la apertura de la sucesión coloca al llamado en la posición de heredero, es un heredero provisional, en tanto en cuanto, en este sistema también “la adquisición de la herencia depende de la voluntad del llamado: de ahí el carácter provisional de su investidura de la cualidad de heredero del causante (y, consecuentemente, de la titularidad de las relaciones hereditarias), que significa que con tal investidura el llamado recibe simultáneamente la posibilidad de rechazarla si así lo quiere. Por tanto, la adquisición definitiva de la herencia es, también aquí, resultado que depende de la voluntad del llamado a la sucesión: de no haber querido usar, pudiendo hacerlo, la facultad de repudiar la herencia deferida”. M. ALBALADEJO GARCÍA (*La sucesión ... cit.*, pág. 917) se pronuncia en contra de admitir la existencia del *ius delationis* en un sistema como el germánico, en el que la herencia es adquirida *ipso iure* al afirmar que “Si nosotros entendemos por *ius delationis* del derecho a ser sucesor –a adquirir la herencia- no podemos admitir que exista tal *ius* en el sistema de adquisición *ipso iure*, en el que lo tiene el que ya es sucesor provisional, es precisamente un derecho a dejar de serlo repudiando”. En esta misma línea se posiciona A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA (“Preterición...” *cit.*, pág. 90), quien afirma que “en los sistemas sucesorios de filiación germánica no se conoce el término delación, pues esta institución es incompatible con la adquisición automática que consagran”.

<sup>245</sup> En efecto, el heredero designado no se encuentra obligado a asumir la herencia sino que éste voluntariamente decidirá si quiere o no ser heredero (THEODOR KIPP, *Derecho de Sucesiones*, t. V del *Tratado de Derecho Civil* de Ennecus, Kipp y Wolff. Anotado por R. M<sup>a</sup> Roca Sastre, 2<sup>a</sup> ed., al cuidado de L. Puig Ferriol y F. Badosa Coll, Barcelona, 1976, pág. 23).

Dicho esto, y teniendo en cuenta que el derecho de representación establece una sola delación a favor del representante, que sucede al *de cuius* y no al representado (éste no es delado), el derecho de representación también es operativo en el sistema de adquisición germánico, en el que, al igual que en el romano, el premuerto o incapaz no llega a ser delado.

Por lo dicho, el derecho de representación no se ve afectado por el debate doctrinal creado en torno al sistema de adquisición de la herencia. Sin embargo, es preciso recordar muy brevemente, la existencia de dos sistemas de adquisición de la herencia:

1º- El sistema denominado romanista, seguido por nuestra doctrina tradicional, dispone que la herencia se adquiere por su aceptación. Hasta ese momento el llamado no se convertirá en heredero. Así, entre la delación y la adquisición media un lapso de tiempo en el que no hay sucesor, sino tan sólo un sujeto llamado a serlo. Se dice que en este lapso la herencia está yacente.<sup>246</sup>

2º- Si bien la práctica totalidad de nuestra doctrina fue partidaria del sistema romanista, hay quien se decantó por el sistema germánico y por ende, mantuvo la adquisición *ipso iure* de la herencia. Según este sistema, el llamado a la herencia pasa a ser inmediatamente heredero, sin necesidad de aceptación expresa o tácita de la misma.

---

<sup>246</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones, Parte General*, “Tratado teórico-práctico de Derecho civil”, t. V, vol. 1º, de J. L. LACRUZ y M. ALBALADEJO GARCÍA, Barcelona, Bosch, 1961, págs. 134 y ss.; R. Mª. ROCA SASTRE, “La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral”, *Estudios de Derecho privado II, Sucesiones*, Madrid, EDESA, 1948, págs. 1 y ss.; M. ALBALADEJO GARCÍA, “La adquisición de la herencia en el Derecho español”, *ADC*, 1955, págs. 5 y ss.; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 1º, págs. 21 y ss. y C. VALVERDE Y VALVERDE *Tratado de Derecho Civil español, V, Derecho de Sucesiones*, 4ª ed., Valladolid, Talleres Cuesta, 1939, págs. 497 y ss.; R. Mª ROCA SASTRE, “La adquisición hereditaria de la posesión”, *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, Instituto de España, 1981, págs. 169 y ss.

Por tanto la aceptación no constituye un requisito esencial para adquirir la herencia, ya que ésta se adquiere de pleno derecho desde el momento de la delación.

Esta segunda opción fue defendida por primera vez en nuestra doctrina por GARCÍA VALDECASAS, cuyo argumento principal en pro de su tesis lo constituye el artículo 661 Cc por cuanto establece que: *“Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones”*. De la lectura del mismo resulta que el principio básico de la adquisición hereditaria se ajusta perfectamente al sistema germánico. Este precepto, unido a otros de corte germánica, a saber, el artículo 989 Cc, que prescribe la retroactividad de la repudiación, así como su carácter formal, y, sobre todo el artículo 440 del mismo texto legal, que regula la posesión civilísima, sirvieron de apoyo a este autor para defender su teoría sobre la adquisición de la herencia. En otro orden de cosas, la ausencia de regulación de la herencia yacente, cuyo único apoyo legal, muy pobre, por cierto, lo constituye el artículo 1934 Cc, demuestra que ésta no constituye una pieza fundamental en nuestro sistema de adquisición. Así, en nuestro Derecho, sólo en supuestos excepcionales se halla la herencia sin titular desde la apertura de la sucesión hasta que el heredero la adquiere, y son los casos en que la delación y simultánea adquisición se producen en fecha posterior a la muerte del causante.<sup>247</sup>

Esta tesis fue objeto de crítica detallada por parte de ROCA SASTRE, quien partidario del sistema romano de adquisición en nuestro Derecho, alega argumentos tales como, la retroactividad de la aceptación y la inexistencia de un plazo corto para la misma. Para rebatir los argumentos antes señalados, parte del artículo 661 Cc manifestando al respecto que éste nada resuelve sobre el tema por cuanto se trata de un precepto abstracto y general a todos los sistemas legislativos, que se refieren siempre al momento de la muerte del causante. En cuanto al argumento de la retroactividad de la

---

<sup>247</sup> Cfr., G. GARCÍA VALDECASAS, “La adquisición de la herencia en Derecho español”, *RDP*, 1944, págs. 89 y ss.; *vid.* también, “De nuevo sobre la adquisición de la herencia (en defensa de una tesis)” *RDP*, 1951, págs. 991 y ss. En la misma línea, M. GITRAMA GONZÁLEZ, *La administración... cit.*, pág. 32.

repudiación, entiende el autor que hay que entenderla en el sentido del Código civil italiano que establece que “quien repudia la herencia es considerado como si nunca hubiera sido llamado a ella”. En lo relativo a la posesión civilísima del artículo 440 Cc, a juicio del autor, “el heredero no adquiere la posesión desde el momento de la delación, sino ni siquiera con la aceptación”. Por tanto, el heredero no adquiere la posesión sino cuando de hecho se posesiona de los bienes de la herencia. En este sentido, la existencia del interdicto de adquirir demuestra que el heredero no adquiere la posesión *ipso iure*, pues de lo contrario no se necesitaría dicho interdicto. Por último, defiende la existencia en nuestro Derecho de la herencia yacente, si bien reconoce su falta de regulación.<sup>248</sup>

Menos radical es la tesis mantenida por la profesora GARCÍA RUBIO, quien apunta la conveniencia de matizar o relativizar el principio de necesidad de la aceptación para la adquisición de la herencia. Manifiesta al respecto que la exigencia de una “voluntad efectiva del llamado”, si bien condición normal, no resulta esencial para adir la herencia. En este sentido, la existencia de diversos preceptos de nuestro Código civil que parecen contradecir este principio, han llevado a ciertos autores de nuestra doctrina a reconocer la adquisición *ipso iure* de la herencia, así como a introducir los discutibles términos de aceptación *ex lege*, forzosa, coactiva o presunta. Debido a la heterogeneidad de las normas mencionadas al hablar de estas categorías es preciso un tratamiento separado. Así, es innegable que determinados actos implican, objetivamente, una voluntad tácita de aceptar la herencia.<sup>249</sup> Sin embargo en otras ocasiones la norma liga a una actividad –o pasividad- del llamado el efecto de la aceptación pura y simple de la herencia, sin que exista un comportamiento unívoco que implique la voluntad de aceptar, con lo que no se trata de una aceptación presunta o *ex lege*, sino de adquisición *ex lege* como sanción.<sup>250</sup> Así pues, se puede concluir por un

---

<sup>248</sup> Cfr. “La adquisición...” *cit.*, págs.

<sup>249</sup> Cfr. *La distribución ... cit.*, pág. 149. Incluye dentro de estos supuestos los artículos 999.3 in fine y 1000 Cc. Se refiere también al silencio posterior al ejercicio de la acción interrogatoria (art. 1005 Cc) o a la reserva del derecho a deliberar (art. 1019 Cc).

<sup>250</sup> *Vid. op. cit.*, pág. 149. Se trata del supuesto de los artículos 1002 y 1018 Cc. No existe, en estos casos un comportamiento unívoco que implique la voluntad de aceptar, sino un hecho jurídico, en el segundo artículo mencionado, o un acto en el primero, ante los cuales la ley reacciona sancionando a un sujeto con



lado que, en nuestro Código civil, el principio de adquisición de la herencia mediante la aceptación es relativo y presenta excepciones; por otro lado, carece de sentido en nuestro Derecho hablar de aceptación necesaria o presunta. Asimismo, resulta desafortunado hablar de aceptación forzosa o coactiva por cuanto estos términos contradicen el tenor del artículo 998 Cc<sup>251</sup>

Partiendo del argumento más fuerte con el que juega el sistema germanista, a saber, el artículo 661 Cc, LACRUZ BERDEJO establece que existen razones de más peso que reafirma la teoría romanista. En síntesis se trata de las siguientes: por un lado los antecedentes históricos son favorables al sistema romano. En segundo lugar, el conjunto de la regulación de la aceptación (preceptos muy detallados, plazo máximo para aceptar muy largo). Por último el carácter retroactivo de la aceptación al momento de la muerte del causante, sancionada en el artículo 989 Cc<sup>252</sup>

Sin entrar a fondo en la discusión, por no ser éste el objeto de nuestro estudio, nos posicionamos al respecto con la mayoría de la doctrina al mantener que la adquisición en nuestro Derecho sigue el sistema romano y por lo tanto requiere la aceptación. Si bien es cierto que la redacción de ciertos artículos de nuestro Código pueden llevar a confusión, no podemos obviar, sin embargo que nuestro Código civil adolece, en numerosas ocasiones de defectos en su redacción que conllevan a multitud de confusiones. Asimismo, con respecto al carácter retroactivo de la repudiación, éste no constituye un argumento en pro de la tesis germanista, sino todo lo contrario, ya que su finalidad es la misma que los efectos retroactivos de la aceptación, a saber, cubrir esa etapa de yacencia. Precisamente porque si no se aceptó o repudió hasta el momento la herencia no se entiende adquirida o no, es preciso acudir a la retroactividad para evitar ese lapso vacante.

---

la adquisición pura y simple de la herencia. Por tanto, no se trata de una aceptación presunta o *ex lege*, sino de adquisición *ex lege* como sanción.

<sup>251</sup> M<sup>a</sup>. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución...* cit., págs. 148 a 150.

<sup>252</sup> Cfr., *Derecho de sucesiones...* cit., págs. 135 y 136.

Por otra parte, además de los argumentos expuestos por la doctrina, la existencia en el Código civil de varios preceptos en los que se establece que el legado no precisa de aceptación (artículos 881, 882 y 888 Cc) y el silencio con respecto a la herencia nos lleva a esta conclusión. Verdaderamente, regulada esta cuestión de un modo explícito respecto al legado, lleva a concluir que el silencio del legislador, cuando trata de la herencia, se debe a que en este caso sí es precisa su aceptación. Más concretamente, la norma que por excelencia sienta el principio de adquisición automática del legado sin necesidad de aceptación la constituye el artículo 881 Cc en virtud del cual: “*El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos*”. Sin embargo no hay unanimidad al respecto. Si bien la doctrina española no ha profundizado tanto en el tema como la italiana, ni hay autor que realmente se haya atrevido a manifestar con rotundidad la tesis contraria, ésta podría encontrar, como manifiesta GARCÍA RUBIO, un cierto apoyo en el propio precepto citado, entendiendo que lo que realmente adquiere el legatario al momento de la muerte del causante no es el legado, sino el derecho a él. Ello podría llevar a pensar que para adquirirlo es precisa una acción suplementaria.<sup>253</sup> Sin embargo e insistiendo nuevamente en la innecesaridad de entrar a fondo sobre el tema, la práctica totalidad de la doctrina aboga por manifestar que “la adquisición del legado coincide con la delación produciéndose generalmente en el momento de la apertura de la sucesión”.<sup>254</sup>

#### IV. TRANSMISION DEL *IUS DELATIONIS*

La delación, “atribución originaria a un sujeto del derecho de suceder a otro mortis causa”,<sup>255</sup> en cuanto supone el ofrecimiento de la herencia a quien ha sido

---

<sup>253</sup> M<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La distribución... cit.*, págs.152 y 153.

<sup>254</sup> M<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO, *La distribución... cit.*, pág. 153; en el mismo sentido se manifiesta la STS de 28 de abril de 1978, (RJA, núm. 1364). En virtud de la misma: “*el derecho al legado se adquiere por la delación, en tanto que no haya sido renunciado*”.

<sup>255</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión “*iure transmissionis*”, *ADC*, 1952, pág. 914.

vocado, le otorga la posibilidad de aceptarla o repudiarla.<sup>256</sup> Esta posibilidad, denominada *ius delationis*,<sup>257</sup> es susceptible de ser transmitida en el supuesto de que el llamado haya fallecido una vez que lo ha adquirido pero sin haberlo ejercitado.<sup>258</sup>

En este sentido, el artículo 1006 del Código civil, que reza “*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía.*”, regula el *ius transmissionis*. En virtud de éste, los herederos del llamado a la herencia del primer causante le suceden en el mismo *ius delationis* que el tenía para la herencia del primer causante.

El *ius transmissionis* consiste, por lo tanto, no en transmitir la herencia del primer causante, sino en transmitir el *ius delationis* (derecho de aceptar o repudiar la herencia) que, adquirido por el llamado a ésta, no es ejercitado por el mismo. En este sentido manifiesta GARCÍA GARCÍA que “lo que se transmite, como regla general, es el derecho a aceptar o repudiar una herencia”.<sup>259</sup> Consecuentemente, la existencia de la delación es esencial para que la transmisión tenga lugar, pues ésta constituye el objeto de la misma.<sup>260</sup> Así pues, podemos afirmar que para que el *ius transmissionis* tenga

---

<sup>256</sup> G. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (“La transmisión del *ius delationis*”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1988, pág. 466), “La delación (del verbo latino *deferre*) atribuye al llamado el *ius delationis*, cuyo contenido consiste en que el heredero electo puede adir la herencia mediante la aceptación expresa o tácita, o bien puede repudiarla”.

<sup>257</sup> No existe acuerdo doctrinal sobre la naturaleza jurídica del denominado “*ius delationis*” pero no vamos a entrar a analizar el tema por no ser objeto de nuestro trabajo el llevar a cabo un análisis exhaustivo del mismo.

<sup>258</sup> Si bien en Código civil habla de heredero, la expresión utilizada en el texto legal es incorrecta ya que para ser heredero es indispensable haber aceptado la herencia.

<sup>259</sup> *Vid.*, *op. cit.*, pág. 150.

<sup>260</sup> En este sentido se manifiesta F. JORDANO FRAGA (*op. cit.*, pág. 47) quien entiende que es necesario que exista verdadera delación a favor del llamado transmitente de tal suerte que el *ius transmissionis* no será viable cuando “la eficacia del llamamiento a la herencia (normalmente, con la apertura de la sucesión) signifique adquisición automática o ipso iure de la herencia, sin contar con la voluntad del llamado a ella”, esta sería la posición, añade este autor, “de los *heres necessarii* del Derecho romano, según el *ius civile* (o sea, prescindiendo de los remedios pretorios que acaban, como se sabe, por alterar sustancialmente su posición)”. El elemento objetivo del derecho de transmisión, en palabras de J. M. GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 151) “consiste en el derecho derivado de la vocación y/o delación que correspondía al transmitente y que pasa al transmisario”.

cabida se requiere la existencia de “un genuino *ius delationis*: que la adquisición de la herencia deferida dependa de la voluntad del llamado a ella”.<sup>261</sup>

Lo dicho, no debe llevarnos a la errónea conclusión de que esta transmisión no tiene lugar en el sistema germánico de adquisición de la herencia, pues éste prevé también que se dé esta posibilidad cuando el heredero ha muerto antes de la aceptación o repudiación de la herencia. En efecto, si bien en el sistema germánico, el llamado es heredero desde la apertura de la herencia, lo es tan sólo con carácter provisional. Éste todavía puede repudiarla, de tal suerte que, si lo hiciera, sus efectos se retrotraerían al momento en que se produjo la delación, considerándose que nunca fue heredero. Verdaderamente, entender lo contrario, sería imponer al llamado la obligación de ser heredero. En consecuencia, en el Derecho germánico la adquisición de la herencia también depende de la voluntad del llamado, de tal suerte que éste también prevé, ante la muerte del heredero sin hacer uso de su derecho, la existencia del *ius transmissionis*.<sup>262</sup>

---

<sup>261</sup> F. JORDANO FRAGA, *Vid., op. cit.*, págs. 47 y ss.

<sup>262</sup> F. JORDANO FRAGA, *Vid., op. cit.*, págs. 47 y ss. Este autor, tomando como punto de partida, tal y como señalamos en el epígrafe anterior, la existencia de la delación en el sistema germánico, defiende la tesis de que el *ius transmissionis* tiene lugar tanto en el sistema romano de adquisición de la herencia como en el germánico. No obstante, hay quien aboga por la teoría contraria. En esta línea se encuentra G. HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS (*op. cit.*, pág. 467) quien afirma que “El *ius transmissionis*, es una consecuencia del sistema romano de adquisición de la herencia, que exige la aceptación expresa o tácita para ser heredero. Por el contrario, en el sistema germánico de adquisición *ipso iure* (sistema de la *saísine*), no hay necesidad de aceptación y no se plantea el problema de la transmisión del *ius delationis*, ya que el llamado se convierte automáticamente en heredero, salvo que repudie”. Añade, este autor, al respecto, que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema romano, donde el heredero del llamado adquiere con su herencia y formando parte de la misma, tan sólo la opción de aceptar o repudiar la herencia del primer causante; en el sistema germánico “el heredero del primer llamado, o mejor, heredero, con la herencia de éste, y formando parte de la misma, adquiere el patrimonio del primer causante”. Sin embargo “El Derecho moderno no obliga al heredero designado a que asuma efectivamente la herencia a la que ha sido llamado sino que deja a su arbitrio el decidir se quiere o no ser heredero” (T. KIPP, *Derecho de sucesiones, cit.*, pág. 22). Así pues, el *Derecho germánico* también prevé, ante la muerte del heredero sin hacer uso de su derecho, la existencia del *ius transmissionis* y así lo expone T. KIPP (*Derecho de sucesiones, cit.*, pág. 33) al manifestar que “Se aplican principios especiales, cuando el heredero ha muerto antes de la aceptación o repudiación de la herencia. El heredero del heredero puede repudiar la primera herencia y aceptar la herencia del heredero; en la repudiación de la primera herencia se halla la aceptación de la segunda. El heredero del heredero puede aceptar ambas herencias, pero nunca puede repudiar la herencia del heredero y aceptar la primera herencia: ya que ésta sólo la tiene como parte de aquélla. Por tanto, las consideraciones sobre la aceptación de la primera herencia son inseparables de las consideraciones sobre la aceptación de la herencia del heredero”.

Dicho esto, y centrándonos en el objeto de nuestro trabajo, conviene plantearse una posible similitud entre esta figura y el derecho de representación. Este planteamiento no surge de modo gratuito, sino que la existencia de cierto paralelismo en cuanto en ambos supuestos un heredero ocupa el lugar que otro sujeto tenía con respecto a una determinada sucesión, hacen conveniente subrayar las diferencias existentes entre derecho de transmisión y representación sucesoria. Al respecto nuestra doctrina civilista está de acuerdo en que existen importantes diferencias entre ambas.

En primer lugar, la doctrina es unánime al considerar que el fundamento de ambas instituciones difiere, ya que operan en ámbitos distintos y obedecen a razones diversas. En este sentido, se ha dicho que lo que pretende el derecho de representación es la protección de la familia, que no puede perder sus derechos sucesorios debido a una premoriencia o incapacidad del llamado. Asimismo, el fundamento ha de buscarse también en la presunta voluntad del causante.<sup>263</sup> Por el contrario, en el *ius transmissionis*, tal como afirma GARCÍA GARCÍA “no se trata de la consideración general del carácter transmisible de los derechos y concretamente del *ius delationis*, como un derecho transmisible más dentro de la herencia, que pueden adquirir los herederos del heredero que falleció sin aceptar ni repudiar la herencia”. Así pues, “se trata de un derecho de los herederos del heredero y no simplemente de los hijos sin perjuicio de que pueda haber coincidencia”.<sup>264</sup>

Otra diferencia fundamental entre ambas es que el supuesto de hecho que las provoca no se confunde. En el derecho de representación la muerte del representado debe tener lugar con anterioridad a la del causante, en efecto, este instituto se produce, en su mayoría, en el caso de premoriencia. Sin embargo para que se origine el *ius transmissionis*, el transmitente debe morir después del *de cuius*, la postmoriencia del

---

<sup>263</sup> J. M. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 346; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 181 y ss.

<sup>264</sup> Cfr., *op. cit.*, págs. 346 y 347.

transmitente, sin haber ejercitado el *ius delationis*, es requisito esencial para que se pueda hablar de derecho de transmisión.<sup>265</sup> Además, el derecho de representación tiene lugar también en los casos de desheredación e incapacidad, en cambio el *ius transmissionis* tan sólo opera en el supuesto de postmoriencia del transmitente sin haber aceptado ni repudiado la herencia del primer causante.<sup>266</sup>

La técnica legal de llamamiento a la herencia constituye otra de las muchas diferencias existentes entre ambos institutos. En este sentido, si bien los sujetos pueden ser los mismos en uno y otro caso, la técnica no es la misma lo cual tendrá importantes consecuencias prácticas. En la sucesión por representación la vocación y la delación a favor del representante son directas respecto del primer causante. Como se verá en la parte tercera, la denominación que en numerosas ocasiones se ha dado de vocación y delación indirectas se debe a que la vocación y delación que tiene el representante es “por referencia a la que tenía el representado” ya que adquieren por ser sus descendientes y en la porción que a él correspondería.<sup>267</sup> Sin embargo esta denominación no debe llevar a la conclusión errónea de lo contrario, vocación y delación son directas cuando juega el derecho de representación, de modo que el representante es heredero directo del primer causante sin intermediación. Incluso en el supuesto de entender que la vocación y delación no son directas para la representación en los casos de indignidad y desheredación, éstas seguirían sucediendo de modo

---

<sup>265</sup> En este sentido se manifiesta la Resolución DGRN de 22 de diciembre de 1949, (RJA, núm. 336) que alude en su quinto CONSIDERANDO a la existencia de diferencias esenciales entre el “*ius repraesentationis*” y el “*ius transmissionis*”. En este sentido dispone que: “*para el primer derecho se requiere la premoriencia al causante del representado, éste no llega a ser heredero y el representante sucede directamente a aquél; y, por el contrario, el segundo de ambos derechos supone la supervivencia al causante del transmitente y es heredero de éste el beneficiado con el derecho de transmisión, (...)*”.

<sup>266</sup> Respecto a esta diferencia, J. M. GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, págs. 349 y 350) alude al artículo 766 Cc como propio de nuestro instituto, pese a su dicción literal – “*no transmitirán*”- y no del derecho de transmisión. Sin embargo, dada la envergadura del caso por constituir uno de los argumentos esenciales del objeto central de la presente tesis, será tratada más adelante con cierto detenimiento.

<sup>267</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 87

diferente al derecho de transmisión. Por lo tanto, los llamados por derecho de representación, aceptada la herencia, serán herederos del primer causante.<sup>268</sup>

Por el contrario, “los que se aprovechan del derecho de transmisión son herederos del heredero del causante”.<sup>269</sup> En efecto, la cuestión difiere respecto a la representación sucesoria, ya que el transmitente (equivalente en palabras de GARCÍA GARCÍA, al representado dada su posición intermedia) tuvo vocación y delación a su favor aunque no haya llegado a ejercitar el *ius delationis*. Así, lo que ocurre en este supuesto es que, lejos de concederse directamente a los transmisarios un derecho *ex lege*; les es transmitido el derecho que tenía el transmitente y que no fue ejercitado.<sup>270</sup> Al respecto no hay unanimidad doctrinal pues se ha mantenido que en la transmisión, pese a la existencia de una sola delación, no consumada por el transmitente, hay dos vocaciones: una testamentaria o abintestato al transmitente y otra legal, al transmisario (art. 1006 Cc).<sup>271</sup> Sin embargo, dado lo manifestado en páginas anteriores, entendemos acertada la primera teoría. Consecuentemente, el transmisario es llamado, respecto al transmitente, a la adquisición del *ius delationis* que éste no llegó a ejercitar; pero, respecto al primer causante, no tiene una vocación nueva, de tal suerte que, pese a la existencia de dos vocaciones (la del transmitente respecto al primer causante, y la del transmisario con respecto al transmitente), en relación con el primer causante “sólo existe una vocación y una delación, que es la concedida al primer llamado o transmitente, aunque no la ejercite él sino que la ejercita en su lugar el transmisario”.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Cfr. J. M. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 350 y 351. Hace mención este autor al hecho de que la cuestión no es tan clara en los supuestos de incapacidad y desheredación, ya que en ambos supuestos, se podría entender que o bien que el representado, dada su incapacidad o fruto de haber sido desheredado, no llegó a tener vocación ni delación; o bien se podría entender que hubo vocación y delación provisional. Sin embargo, en ambos casos, apunta el autor, siempre habrá esta diferencia entre derecho de representación y transmisión ya que en ambos supuestos, vocación y delación ocurren de forma diversa. En la misma línea R. M<sup>a</sup>. ROCA SASTRE (“El derecho de transmisión”...*cit.*, pág. 298.

<sup>269</sup> *Vid.*, R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de transmisión”... *cit.*, pág. 298.

<sup>270</sup> J. M. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pág. 351; M. ALBALADEJO, “La sucesión...” *cit.*, pág. 960.

<sup>271</sup> Cfr. C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 238.

<sup>272</sup> J. M. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, págs. 351 y 352.

Consecuencia de lo expuesto es que en la representación el llamado a suceder deberá tener capacidad sucesoria respecto al primer causante que es a quien en realidad sucede con independencia de la capacidad respecto al representado. Por el contrario, en el instituto de la transmisión sucesoria, los favorecidos por ella han de tener capacidad en relación con el transmitente.<sup>273</sup>

Se cuestiona también la duda de si los herederos del llamado que ha muerto sin ejercitar el *ius delationis*, suceden a éste únicamente o si, por el contrario suceden a su vez al *de cuius* en el supuesto de que acepten la herencia de este último. Esta cuestión que se suscita es de gran importancia, por cuanto en ella radicarán una de las principales diferencias entre el derecho de representación y el *ius transmissionis*.<sup>274</sup>

El hecho es claro en el supuesto en el que opera el derecho de representación, pues éste tiene lugar cuando el llamado muere, deviene incapaz o es desheredado con anterioridad a la apertura de la herencia, de tal suerte que el que accede a la sucesión por derecho de representación sucede directamente al causante. Sin embargo, en el caso de que tenga lugar el *ius transmissionis*, se duda si el que accede a la herencia, al ejercitar el *ius delationis* aceptando la herencia del primer llamado, sucede directamente al primer causante, en cuyo caso nos encontraríamos ante dos sucesiones, o por el contrario, sucede al transmitente.

En este sentido, no cabe duda de la existencia, en el *ius transmissionis*, de dos herencias, sin embargo, la doctrina discrepa si hay o no dos sucesiones: una respecto del transmitente y otra respecto del causante.

---

<sup>273</sup> Cfr. R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de transmisión”... *cit.*, pág. 299.

<sup>274</sup> No hay duda, en este supuesto, sobre la existencia de dos herencias, es decir, por un lado la del primer causante, y por otro la del transmitente, que muere sin ejercitar el *ius delationis*, pasando la del primero a formar parte de la de este último. La cuestión radica, como bien apunta C. VATTIER FUENZALIDA (*op. cit.*, pág. 228), en determinar, si hay dos sucesiones, una respecto del transmitente, y otra respecto del causante, cuestión ésta que sí es controvertida, puesto que si bien la primera sucesión no puede faltar, habida cuenta es el vehículo a través del cual los herederos del transmitente adquieren el *ius delationis* que corresponde a la herencia del *de cuius*, es discutida la existencia de la segunda sucesión.



Al respecto, la postura tradicional se inclina por una respuesta negativa, pues entienden que los herederos del transmitente no lo son del causante ni han sido llamados por éste. En líneas generales entienden que el transmisario, recibe la herencia del primer causante porque el derecho a aceptarla, que no ha sido ejercitado por el transmitente, pasa a formar parte de su haber hereditario, transmitiéndose junto con los demás bienes que forman parte de la citada herencia.<sup>275</sup>

En esta línea se pronuncia LACRUZ BERDEJO, quien manifiesta que el transmisario recibe el derecho a aceptar la herencia, pero la ley no puede hacer que sea llamado, puesto que el primer causante no ha pensado en él, ni lo ha nombrado en el testamento. Así concluye que el transmisario “utiliza un derecho del transmitente que sólo es suyo propio en cuanto sucesor universal de éste”. Verdaderamente, no puede mantenerse que el transmisario actúa como verdadero heredero del primer causante, pues éste no lo designa en el testamento ni expresa su voluntad de que éste sea heredero.<sup>276</sup>

Por el contrario, otro sector doctrinal, con el que coincidimos, mantiene que existe una segunda sucesión, ya que los transmisarios, al ejercitar el *ius delationis* que les ha sido transmitido, adquieren la herencia del causante y por ende le suceden.<sup>277</sup> En esta línea doctrinal, denominada por VATTIER FUENZALIDA como tesis de la doble capacidad,<sup>278</sup> destaca la figura de ALBALADEJO para quien el transmitente es sólo “un órgano que transmitió el derecho a aceptar”. Así pues, resulta indudable que el transmitente, lo que transmite no es la herencia del primer causante, sino el derecho a

---

<sup>275</sup> Vid. Entre otros: J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, págs. 167 y ss.; R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de transmisión”... *cit.*, 294 y ss.; M. MIGUEL TRAVIESAS, “Sobre Derecho hereditario”, *RDP*, 1921, pág. 12. En el mismo sentido se manifiestan las RRDGRN de 20 de septiembre de 1967 (*RJA*, núm. 4367).

<sup>276</sup> Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, págs. 167, 168 y 170.

<sup>277</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA “La sucesión...” *cit.*, págs. 954 y ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 232 y ss.

<sup>278</sup> Cfr. *op. cit.*, pág. 230.

adquirirla. Por tanto, el transmisario sucede al transmitente en su herencia en la que se incluye el *ius delationis*. Ejercitado éste mediante su aceptación, aquél se convierte también en sucesor del primer causante.<sup>279</sup>

Esta segunda tesis se basa fundamentalmente en los siguientes argumentos. En primer lugar, la retroactividad de la aceptación del transmisario al momento de la muerte del primer causante, no permite admitir que el transmitente ha adquirido la herencia ni que la transmite, sino que según lo dispuesto en el artículo 1006 C.c, sólo puede transmitir el *ius delationis*, pero no la herencia. En segundo lugar, destaca la inexactitud de la afirmación según la cual el transmisario no puede ser heredero por no haber sido llamado por el causante. Por último se basan en que la capacidad para suceder se ha de apreciar respecto al causante ya que el transmisario adquiere el *ius delationis* correspondiente a la herencia de este último. Si acepta, es sucesor del *de cuius* y por tanto debe reunir los requisitos de capacidad exigibles para sucederle además de ser capaz de suceder al transmitente.<sup>280</sup>

Al respecto, VATTIER FUENZALIDA manifiesta ser ésta la teoría que responde a la estructura esencial del fenómeno de transmisión de la delación. Afirma al respecto que “el *ius delationis* objeto de la transmisión es lo que permite al transmisario no sólo adquirir aquella herencia, aceptándola, sino subentrar en todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante, lo mismo activas que pasivas. Se debe a que hay aquí una auténtica sucesión que el transmisario sea el único responsable por las deudas del *de cuius*, supuesto que no acepta esta herencia a beneficio de inventario”. Además añade que la falta de un llamamiento del causante al transmisario no impide que éste pueda sucederle, dada la analogía que guarda esta situación con la sucesión legal del Estado que constituye una sucesión a título universal o de heredero en sentido técnico (artículos 913 y 956 y siguientes Cc). Verdaderamente, cuando el sucesor es el Estado por no haber otra persona con derecho para heredar al causante, esta sucesión se escapa de su voluntad, pues no habiéndolo nombrado, no estaba pensando en él. Sin embargo

---

<sup>279</sup> Cfr. “La sucesión...” cit., págs. 953 y 954.

<sup>280</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión...” cit., págs. 954 y 955.

aquél adquiere la condición de heredero. Por último, señalar que si el transmitente adquiriera la herencia del causante, aunque fuera de modo ficticio, se agotaría el *ius delationis* por lo que el derecho de transmisión carecería de objeto. Por tanto el transmisario sólo puede suceder al causante.<sup>281</sup>

Por último, en lo relativo al objeto, el *quantum* es determinado, en el derecho de representación, indirectamente por la ley, a base de la división por estirpes y de la obligación de colacionar. Sin embargo, en el supuesto del *ius transmissionis*, la ley defiere al transmisario la misma porción deferida al transmitente, además, en el caso de haber coherederos, ésta no se divide por estirpes ni puede variar por la colación por no existir en este caso esta obligación.<sup>282</sup>

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN INSTITUCIÓN TÍPICA DE LA SUCESIÓN INTESTADA

#### I. CONCEPTO DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El derecho de representación es definido por el artículo 924 Cc, en los siguientes términos “*Llámanse derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*”.

El concepto ha sido objeto de crítica generalizada por la doctrina, que tacha la redacción de la norma de oscura y confusa, por cuanto lleva a concluir que el representante sucede al representado, lo cual no es cierto. Además, se ha dicho de ella que es “errónea, excesiva e incompleta”, ya que no matiza con precisión ni el objeto del

---

<sup>281</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 232 y 233.

<sup>282</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión...” *cit.*, pág. 956, nota 2.

derecho ni los titulares del mismo.<sup>283</sup> Ello impone la necesidad de un análisis exhaustivo del precepto a fin de conseguir un concepto claro que defina con exactitud y precisión la representación sucesoria<sup>284</sup>.

Es principio general en nuestro Derecho que los parientes más próximos en grado al causante sustituyen a los más remotos (artículo 921.1 Cc). Sin embargo, al entrar en juego la representación sucesoria, los sucesores de una persona perteneciente al círculo de los parientes más próximos ocupan su lugar entre los primeros llamados cuando aquélla hubiera premuerto o no hubiera podido heredar –no si no quiere o repudia-. De ahí que la denominación “*representación*”, sea una terminología considerablemente impropia, ya que nada tiene que ver, tal como se señala luego, con la representación en sentido técnico.<sup>285</sup>

Por lo que respecta a los titulares de este derecho, la fórmula del artículo 924 Cc, al referirse a “*los parientes de una persona*”, utiliza un término muy genérico atribuyendo de forma indiscriminada y errónea tal derecho a todos los parientes de

---

<sup>283</sup> V. GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIII, vol. 1º, Madrid, EDESA, 1989, págs. 133 y 134 (En adelante *Comentarios Edersa*), entre otros entiende que “la fórmula del texto legal es poco afortunada, aun contemplándola con la mejor disposición; la idea que da del derecho de representación difícilmente puede calificarse de bastante exacta y clara, y por lo mismo de aceptable, si no matiza con precisión ni el objeto del derecho, ni los titulares del mismo” pues afirma este autor con relación a dicha definición que ésta “no es coherente con la propia fisonomía del instituto que aparece delineada por la regulación legal”. Ídem, entre otros, C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios al Código civil*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2006, pág. 1116. Al respecto A. J. VELA SÁNCHEZ (*op. cit.*, pág. 2486) que el artículo 924 Cc expone una idea aproximada de la figura aunque falla al dar a entender que el representante sucede al representado, cuando lo hace al primer causante, y cuando habla de todos los parientes en general cuando no todos pueden suceder por derecho de representación, o cuando se refiere tan sólo a los derechos del representado si en realidad el representante también asume sus obligaciones, en particular, la de colacionar.

<sup>284</sup> Sin embargo, C. VATTIER FUENZALIDA (*op. cit.*, nota nº 69, págs. 102 y 103) manifiesta que el precepto contiene un mínimo suficiente para dar una idea aceptable, aunque no sea clara del todo, del instituto.

<sup>285</sup> *Vid.* entre otros, A. M. LÓPEZ - V. L. MONTÉS-E. ROCA, *Derecho Civil V, Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 81; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 134; A. J. VELA, *op. cit.*, págs. 2485 y 2486.

quien no llega a suceder.<sup>286</sup> Sin embargo, según se desprende de otros preceptos del Código civil, sólo los parientes en línea recta descendente y dentro de los colaterales, los hijos de hermanos, siempre y cuando, estos últimos, concurren a la sucesión con sus tíos, son llamados a la herencia en virtud del derecho de representación (artículos 925 y 927 Cc). Consecuentemente, sería más exacto y preciso concretar sobre qué sujetos será de aplicación este instituto. Así, debería suplirse el término “*parientes*” por descendientes e hijos de hermanos, o bien, teniendo en cuenta que el artículo 925 Cc lo especifica más adelante, bastaría con sustituirla por “*determinados parientes*” dejando, de este modo, por sentado que el derecho de representación no es de aplicación para todos los familiares del *de cuius*.<sup>287</sup>

El precepto se muestra a su vez deficiente en lo que al objeto del derecho de representación se refiere<sup>288</sup>. En este sentido afirma el Código con respecto a los parientes, que éstos sucederán en “*todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*”. Hace alusión por lo tanto, tan sólo a los derechos y a todos ellos, olvidándose de las obligaciones que pesan sobre el representante, quien deberá responder de las deudas del causante.<sup>289</sup>

Añadir también que la expresión “*para sucederle*”, utilizada por el artículo 924 Cc resulta defectuosa. Efectivamente, con ella, el precepto parece indicar que los parientes a los que se refiere suceden al sujeto que media entre ellos y el *de cuius*. Sin embargo aquéllos, a través del derecho de representación, son llamados directamente por la ley a la sucesión del causante, ocupando el lugar que habría ocupado el

---

<sup>286</sup> MUCIUS SCAEVOLA (*op. cit.*, pág. 307) expone la necesidad de especificar, al igual que lo hacen otros Códigos, las personas a quienes alcanza este derecho, o por lo menos “*localizar o circunscribir la idea*”. Vid. A. J. VELA, *op. cit.*, pág. 2486; C. GÓNZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pág. 1116.

<sup>287</sup> Al respecto, vid., J. J. BURGOS BOSCH “*El derecho de representación en la herencia testada*”, Conferencia desarrollada en el Colegio Notarial de Barcelona en 1942, Barcelona, 1943, pág. 6.

<sup>288</sup> Este supone, tal y como propugna MUCIUS SCAEVOLA (*op. cit.*, págs. 308 y 309), nuevamente “el mismo defecto de que adolece el artículo en otro de sus elementos: un espíritu marcado de ponderación jurídica, un lenguaje amplio con exceso que conduce derechamente al error”.

<sup>289</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, (*op. cit.*, pág. 2486), entre las obligaciones, alude el autor expresamente la de colacionar (art. 1038.1º Cc).

representado si viviera o hubiera podido heredar. Así resulta del artículo 928 Cc cuando establece que “*No se pierde el derecho de representar a una persona por haber renunciado a su herencia*”. Evidentemente, esto es así porque suceden directamente al causante.<sup>290</sup>

Al margen de la crítica expuesta, en la que la práctica totalidad de la doctrina coincide,<sup>291</sup> los autores han elaborado distintas definiciones del instituto en función de su idea sobre la naturaleza jurídica. Sin embargo, carece de relevancia recoger las distintas definiciones formuladas al respecto. Lo que sí cabe destacar respecto a ellas, es que en general todas responden a la idea de señalar el aspecto subjetivo o el objetivo del derecho de representación.

Según lo expuesto en el párrafo anterior, los partidarios de formular el concepto del derecho de representación desde un punto de vista subjetivo, que constituyen la doctrina mayoritaria, se centran en destacar la importancia decisiva del llamamiento *ex lege* al representante, lo cual conlleva que la esencia de la representación sucesoria radique en ideas tales como la de subrogación o bien la de sustitución de un sujeto por otro. Ubicado en esta línea manifiesta CLEMENTE DE DIEGO que el derecho de representación consiste en “una subrogación simultánea de una persona en el puesto de otra, a cuya virtud, siendo representante y representado dos personas físicas distintas ostentan, sin embargo, una misma personalidad jurídica”.<sup>292</sup> En la misma idea, ROCA SASTRE define el derecho de representación como “el derecho que por vía de llamamiento directo y propio de la ley, tienen los hijos de un hijo premuerto al padre

---

<sup>290</sup> C. CONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pág. 1120. En este sentido se manifiesta, entre otras, la STS de 18 de diciembre de 1908 (*Jurisprudencia Civil*, núm. 133, págs. 1061 y ss.) que establece que “*los representantes no heredan al representado, sino al post-muerto*”.

<sup>291</sup> Algún autor, no obstante, de modo aislado ha considerado que la definición que el Código da a de nuestro instituto ofrece una idea exacta y bastante clara del mismo. En este sentido se manifiesta J. ARRIBAS, *Explicaciones de Derecho civil, IV*, Valladolid, s.f., pág. 510; acorde con este autor se manifiesta C. VATTIER FUENZALIDA (*op. cit.*, págs. 102 y 103 y nota 69) quien en contra de las numerosas críticas surgidas en torno al concepto del derecho de representación, coincide con el citado autor en que “*hay en el precepto un mínimo que basta para dar una idea aceptable, aunque no sea clara del todo, del instituto*”.

<sup>292</sup> F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 302.

causante de ocupar, en la sucesión intestada de éste, en lugar de dicho hijo premuerto, el puesto que éste hubiera ocupado de haber vivido aún al tiempo de la delación y en la misma medida o cuota que le habría correspondido”.<sup>293</sup> Otro sector doctrinal, en cambio, opta por atender al aspecto objetivo de la representación, o lo que es lo mismo, al objeto de la sucesión en el supuesto y en la forma de dividirse. Así se manifiesta LACRUZ BERDEJO al afirmar que “Lo característico del derecho de representación es que cuando se sucede con arreglo a él, los derechos de los representantes vienen determinados por relación al heredero de grado anterior”.<sup>294</sup>

No obstante, coincidimos con GUILARTE ZAPATERO en la necesidad de resaltar, a la hora de definir esta institución, ambos aspectos subjetivo y objetivo, de modo que se debe precisar, no sólo las personas a las que corresponde, sino también el objeto sobre el que recae y los casos en los que tiene lugar. Así pues, es preciso tener en cuenta, por un lado los eventuales titulares de este derecho, que corresponde a los parientes del causante en línea recta descendente hasta el infinito, y sólo a los de segundo grado en la colateral. Por otro lado, en cuanto al contenido, éste será el que habría correspondido al ascendiente del representante de no haber premuerto o si hubiera podido heredar. Consecuentemente, la herencia se divide por estirpes.<sup>295</sup> De este modo, resulta apropiado el concepto que el citado autor hace del derecho de representación manifestando que éste se puede definir como “el que la ley reconoce a ciertos parientes y en cuya virtud les llama para suceder en vez de su ascendiente cuando éste premuere al causante o no ha podido heredarle, dividiéndose la herencia por estirpes”.<sup>296</sup>

---

<sup>293</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación en la sucesión testada”, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, pág. 263.

<sup>294</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Anotaciones a J. BINDER, Derecho de Sucesiones*, traducido de la 2<sup>a</sup> ed. alemana y anotado conforme al Derecho Español por J. L. LACRUZ BERDEJO, Barcelona, Labor, 1953, pág. 163. Este sector doctrinal se apoya entre otras, en la STS de 18 de diciembre de 1908 (*Jurisprudencia Civil*, núm. 133, págs. 1061 y ss.), así como en la RDGRN de 14 de agosto de 1959 (*A.D.G.R.N.*, 1959, págs. 55 a 68).

<sup>295</sup> *Cfr. Comentarios Edersa, cit.*, págs. 136 y 137.

<sup>296</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 137.

El derecho de representación tiene lugar cuando, al abrirse la sucesión, en principio tan sólo la intestada, el heredero legítimo no puede heredar, bien porque ha premuerto al *de cuius*, bien porque ha sido desheredado, o se trata de un sujeto incapaz de heredar.

Teniendo en cuenta que se trata de un llamamiento a la herencia, se puede afirmar que una vez abierta la sucesión, tras la muerte de una persona, entra en juego la delación que en estos supuestos irá destinada a los descendientes o, en su defecto, hijos del hermano del que por premuerte, desheredación o incapacidad, no puede heredar. En efecto, partiendo de la idea de que uno de los requisitos esenciales de la delación es “que el designado sea apto para recibir la herencia, quedando excluidos el premuerto, el ausente, el incapaz, el indigno y el desheredado”,<sup>297</sup> tanto el llamamiento a la herencia o vocación, como su ofrecimiento, o delación irán dirigidos, ante la imposibilidad de que tenga lugar con respecto al dispuesto en la ley, a los descendientes del incapaz de aceptar por premuerte, indignidad o desheredación.

Dicho esto, la representación será una vocación especial por dos razones. En primer lugar, por los sujetos a los que se destina el llamamiento, en este supuesto, parece que el derecho de representación sucesoria sería una excepción del principio consagrado en nuestro Derecho consistente en que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, lo que no sucede en este caso.<sup>298</sup> En segundo lugar, el modo en que este se lleva a cabo la sucesión, pues no será por cabezas, habida cuenta que este derecho da entrada a la sucesión por estirpes.<sup>299</sup> La razón de que la representación tenga

---

<sup>297</sup> A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA, “Designación...” *cit.*, pág. 80.

<sup>298</sup> En efecto, es principio de la sucesión intestada en nuestro Derecho que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto tal como lo establece el artículo 921 Cc, en virtud del cual, “*En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar. (...)*”. Sin embargo, como se verá *infra*, hay quien ha manifestado que nuestro instituto, lejos de constituir una excepción al principio de proximidad de grado, supone una corroboración del mismo.

<sup>299</sup> Art. 926 Cc: “*Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado, si viviera*”.



lugar por estirpes, se encuentra en evitar que los representantes reciban, gracias a este derecho, más que lo que le hubiese correspondido a su ascendiente, evitando así que los coherederos de aquel que no llegó a heredar sean perjudicados por ello, pues la muerte de una persona no debe perjudicar a sus coherederos.

Si bien la doctrina no se ha puesto de acuerdo a la hora de tratar el tema, parece que en el derecho de representación tan sólo se da una vocación y un único *ius delationis*.<sup>300</sup> De este modo, entendemos incorrecto admitir que “el derecho de representación es sencillamente el llamamiento indirecto efectuado por la ley a la estirpe de uno de los primeros llamados”.<sup>301</sup> Creemos que el llamamiento se hará al representante directamente, y la delación, es decir el ofrecimiento de la herencia también, por cuanto el representado, premuerto, incapaz, o desheredado, o no existe o no puede aceptar, con lo cual no puede haber delación a su favor, y en caso de haberla, como se expresó en páginas anteriores, los efectos retroactivos de la incapacidad implican que se entienda que nunca hubo delación.

## II. FUNDAMENTO

En relación al fundamento del derecho de representación existen dos tendencias opuestas, la primera, de carácter subjetivo, que admite a su vez dos variantes, y una segunda, de índole objetivo.

Frecuentemente, el derecho de representación ha sido fundamentado por parte de la doctrina en las mismas razones en las que se apoya la sucesión intestada.<sup>302</sup> Por lo

---

<sup>300</sup> Dejando a salvo el comentado supuesto de la incapacidad que, como bien se expuso, no afecta a esta cuestión ya que, declarado incapaz el llamado, es como si nunca hubiera tenido lugar la delación.

<sup>301</sup> A. M. LÓPEZ-V. L. MONTES-E. ROCA, *op. cit.*, pág. 82. También A. J. VELA SÁNCHEZ (*op. cit.*, pág. 2485) habla de un “llamamiento indirecto llamado derecho de representación”.

<sup>302</sup> Sobre el fundamento de la sucesión intestada vid. M. PÉREZ ESCOLAR, *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 59 y ss.

tanto, esta primera teoría de índole subjetiva, que constituye la opinión tradicional y más extendida, encuentra la razón de ser de la representación sucesoria en la misma naturaleza humana obedeciendo a la presunta voluntad del *de cuius*.<sup>303</sup> Así, los nietos reemplazan a su padre premuerto en el afecto y cariño del causante que se proyecta con la misma intensidad sobre ellos. Por lo tanto, se considera que en el supuesto de que el testamento se hubiera formalizado, aquéllos habrían sido llamados a la herencia en vez del fallecido. En este sentido, afirma GARCÍA GOYENA que “El amor y la ternura crecen a medida que descenden en la línea recta, y crecen más cuando una muerte prematura ha roto el grado intermedio (...) La ley que excluyera la representación en la línea recta descendente, sería una ley impía y antinatural”.<sup>304</sup>

Una segunda variante, dentro de esta tendencia de signo subjetivo, defiende que la figura de la representación sucesoria descansa además sobre la equidad, que exige evitar, en determinados supuestos el perjuicio de los huérfanos. Así afirma MUCIUS SCAEVOLA que “esta misma porción es la que la ley, por razones justas y, desde luego, con toda franqueza equitativas, concede y adjudica a otros parientes en subrogación del que no heredó. (...). Además de antinatural, sería antihumano negar o prohibir la representación allí donde ésta tiene su forzoso imperio. Privar al nieto de la herencia forzosa de su abuelo por la circunstancia eventual de haber premuerto su padre, valdría tanto como agregar al dolor la crueldad”.<sup>305</sup>

---

<sup>303</sup> En efecto, esta tesis ha sido ampliamente recogida por nuestra doctrina. Así J. M<sup>a</sup>. MANRESA Y NAVARRO (*Comentarios... cit.*, pág. 79) afirma que “El derecho de representación, aunque quebranta el rigor de los principios, se funda en la misma naturaleza humana, obedeciendo, como toda la materia de la sucesión abintestato, a la presunta voluntad del causante. Los nietos reemplazan en el corazón del abuelo al hijo que perdió; el cariño inmenso que hacia éste sintió, y que transcendía a aquellos, se concentra en los mismos cuando la muerte le arrebató al hijo, y se resigna con tan irreparable desgracia. En su afección se equiparan los hijos que aún viven con los nietos que quedaron huérfanos, y esto que, aunque en menor escala, tiene también lugar respecto a un hermano con los hijos de sus hermanos, es lo que viene a establecer la ley, mediante el derecho de representación.”.

<sup>304</sup> F. GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, pág. 396.

<sup>305</sup> Q. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 294. En la misma línea se manifiesta M. ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 191) quien estima que “La pretendida “representación” hereditaria es una consecuencia de la base familiar que es propia tanto de las legítimas como de la sucesión *ab intestato* (...) si la muerte arrebató a un hijo antes que al padre y ese hijo premuerto dejó, a su vez, hijos, sería injusto, atendido el sentido familiar de la legítima o de la sucesión *ab intestato*, que estos hijos, nietos del causante, por el

Existe por el contrario otra tendencia de signo claramente objetivo que, en sus numerosas variantes, encuentra la razón de ser de la representación sucesoria, no en las presumibles razones subjetivas del afecto que el causante siente hacia los sustitutos del representado y en la interpretación de su voluntad, sino en la necesidad de proteger legalmente a la familia del causante.<sup>306</sup>

Al respecto, estima el profesor CASTÁN TOBEÑAS<sup>307</sup> que el derecho de representación no sólo se fundamenta en razones de índole subjetiva, sino también en “consideraciones objetivas, de orden familiar, social y humanitario”. Desde el punto de vista familiar y social, añade el autor, la representación sucesoria tiene la “finalidad misma de la sucesión por estirpes”, es decir, la protección de los vínculos de la familia, “consagrando y asegurando, en la medida en que dicho derecho se reconoce, la participación igualitaria de las diversas columnas o estirpes y de sus descendientes en la sucesión del autor común”. Por otra parte, desde el punto de vista humanitario, el derecho de representación en materia de sucesiones “satisface un sentimiento de piedad, muy respetable, reparando en lo posible el perjuicio que la muerte prematura del padre podría originar a los huérfanos, al unir, al dolor de haberlo perdido, el de excluírseles de los bienes que habría heredado si hubiera vivido”.<sup>308</sup>

---

solo hecho de haber tenido la desgracia de perder a su padre, quedaran excluidos de la sucesión del abuelo”.

<sup>306</sup> A. DE LA OLIVA DE CASTRO (*Diccionario de Derecho Privado ...*, cit., t. I, pág. 1490) estima desacreditada la teoría en virtud de la cual tanto la sucesión legítima como el derecho de representación se fundan en la voluntad presunta del causante, considerándola “artificiosa e inútil” y afirmando al respecto que “el legislador se guía por ideas objetivas, y si lo que preceptúa puede y suele coincidir en algunos aspectos con la voluntad del *de cuius*, también es perfectamente natural que en otros casos se aparte de esa voluntad”.

<sup>307</sup> Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, cit., págs.161, 162 y 168.

<sup>308</sup> Esta opinión es compartida por L. MARTÍNEZ CALCERRADA (*op. cit.*, págs. 152 y 153) quien, estimando que está fuera de duda el hecho de que estos motivos justifican la representación sucesoria, afirma al respecto de la teoría del profesor J. CASTÁN que, “la interpretación de la presunta voluntad del testador, si hubiera testado, la protección de la familia en el círculo social, y las últimas y primeras razones de equidad y humanidad, he ahí, en qué radica el fundamento-fin de la representación sucesoria”.

De este modo, un importante sector de nuestra doctrina, siguiendo las afirmaciones del profesor CASTÁN TOBEÑAS, ha concluido que el derecho de representación se fundamenta en consideraciones de carácter subjetivo, “al dar a los bienes el destino más conforme con la presunta voluntad del causante, quien, mientras no se demuestre lo contrario, es de suponer que desea igualar las estirpes”, pero tiene además, un doble fundamento objetivo “de orden humanitario, en cuanto satisface el natural sentimiento de piedad de reparar en lo posible el perjuicio que la muerte prematura de un ascendiente produce en sus descendientes, y de orden familiar, protegiendo los vínculos de familia al consagrar la participación igualitaria de las *estirpes, que son, más que el individuo, las que se entienden llamadas a la herencia abintestato*”.<sup>309</sup>

No obstante, la teoría desarrollada por el autor mencionado, ha sido objeto de crítica por algún autor como BRIOSO ESCOBAR quien entiende que este argumento quiebra en el supuesto de representación sucesoria introducido por la Ley de 5 de noviembre de 1940.<sup>310</sup> Entiende este autor que el párrafo segundo del artículo 17 de la citada ley<sup>311</sup> establece que el representante en dicho supuesto puede carecer de nexos cognaticios y agnaticios con el *de cuius*, todo lo cual obliga a forzar y extender demasiado la piedad y equidad para encontrar una explicación distinta de la legal.<sup>312</sup> No obstante, entendemos al respecto que dicha ley, surgida para una situación excepcional

---

<sup>309</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 190. En el mismo sentido se manifiesta también A. DE LA OLIVA DE CASTRO, *op. ult. cit.*, pág. 1491.

<sup>310</sup> Ley sobre la anulabilidad de los contratos celebrados en zona roja que prevé, como se verá más adelante, que opere el derecho de representación en la sucesión testada con respecto a los muertos en zona roja por su adhesión al Movimiento Nacional

<sup>311</sup> Art. 17.2º ley de 5 de noviembre de 1940 “*las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador, en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia a favor de los hijos o los nietos herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiere otorgado testamento válido a favor de tercera persona*”.

<sup>312</sup> E. L. BRIOSO ESCOBAR, “El derecho de representación en la sucesión intestada de los descendientes y los artículos 921, 923 y 933 del Código civil”, *RJN*, 1993, págs. 24 y 25.

resulta insuficiente para constituir la base en la que ha de construirse una teoría sobre una figura jurídica existente desde los orígenes de nuestro derecho.

Coincidimos pues con la teoría sincrética expuesta. Verdaderamente, entender que el derecho de representación se debe única y exclusivamente a razones de índole subjetiva, de tal suerte que dicho derecho tiene su razón de ser en lo que el testador habría querido, resulta un tanto arriesgado, pues no siempre ha de interpretarse teniendo como cierta la presunción de la voluntad del causante. La voluntad humana es variable y si bien, generalmente dicha presunción resultará cierta, no puede asegurarse siempre que la razón de que el causante no haya testado es precisamente la de querer que los bienes sigan el destino determinado por la ley. En este sentido se manifiesta L. MARTÍNEZ CALCERRADA afirmando que “la labor legislativa se justifica siempre cuando la norma contiene la regulación del modo habitual en que ordinariamente se manifiesta el proceder de los hombres, aunque en un caso particular ese proceder pueda ser distinto (...) y en base a estas consideraciones el criterio que se ha impreso en la norma representativa, se adecua a la perfección con lo que en ese caso concreto hubieran hecho la mayoría de las personas”<sup>313</sup>

En conclusión, ambas tendencias, subjetiva y objetiva no deben entenderse excluyentes e incompatibles entre sí, sino que se complementan sirviendo ambas de fundamento a la representación sucesoria.

### **III. NATURALEZA JURÍDICA: TEORÍAS DOCTRINALES Y CRÍTICA**

#### **1. La representación en sentido técnico-jurídico**

Pese a la denominación que tradicionalmente se ha otorgado a esta figura, las diferencias existentes entre ella y la representación en sentido técnico son tan evidentes,

---

<sup>313</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 143.

que resulta imposible explicar la sucesión por representación como un supuesto de aquélla.<sup>314</sup> Verdaderamente, el legislador no ha actuado con demasiado acierto en la denominación, equivocada, si bien aceptada por el uso que de la misma se hizo y se continúa haciendo.<sup>315</sup>

En efecto, tal como manifiesta ROYO MARTÍNEZ, la representación descrita en la teoría general del negocio jurídico requiere que una persona (representante) actúe jurídicamente en nombre de otra (representado) y con efectos respecto de su patrimonio<sup>316</sup>, lo cual implica la existencia simultánea de ambas personas. Desde este punto de vista, resulta imposible representar a un difunto.<sup>317</sup> Además, añade el autor que la representación supone la suplencia por parte del representante, de la voluntad del representado, ya sea porque éste es incapaz de obrar, ya porque le ha conferido esa facultad. Sin embargo, en el derecho de representación sucesoria nada de esto ocurre, ya que aquí, el representante actúa directamente por sí, en su propio nombre y con efectos directos y exclusivos sobre su patrimonio.<sup>318</sup>

---

<sup>314</sup> En este sentido afirma A. J. VELA SÁNCHEZ (*op. cit.*, págs. 2485, 2486) que “no existe representación en sentido técnico-jurídico, ya que ni hay una actividad jurídica realizada por el representante en interés del representado, ni actuación de aquél en nombre de éste, ni media entre las partes el correspondiente negocio de apoderamiento”.

<sup>315</sup> Dicha denominación no fue utilizada jamás por el Derecho romano que hablaba de *successio in locus parentis*, *successio in locus patris suo* o *in locum praedefunctis parentis*, o bien aludía simplemente a *successio per stirpes*, sin referirse en ningún momento al derecho de representación. Éste fue introducido por los medievales que entendían que los llamados a la herencia en segundo término venían a la misma en nombre de su ascendiente premuerto, de modo que se configuró la hipótesis como una especie de representación considerando que los nietos heredaban al abuelo representando a su padre fallecido. (Cfr. V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 140 y 141). Sobre las diferencias vid. A. ALBANESE, *Sostituzioni, rappresentazioni e accrescimento, I meccanismi successori tra autonomia privata e delazione legale*, CEDAM, 2007 pág. 594.

<sup>316</sup> Sobre el negocio jurídico vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, ed. facsimil de 1997, Madrid.

<sup>317</sup> M. ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 191. En la misma línea, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, t. sexto, vol. tercero, octava ed., Madrid, Reus, 1978, pág. 98. Vid. También, N. H. RIZO PÉREZ, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la representación sucesoria”, *AC*, nº 20, 2007, págs. 2333 y 2334.

<sup>318</sup> Cfr. *op. cit.*, pág. 191.

En efecto, en la representación sucesoria el denominado representante sucede, no al representado, sino directamente a su ascendiente, por derecho propio, porque la ley les ha otorgado directamente la posibilidad de ocupar, en determinadas circunstancias, el lugar que habría ocupado el llamado representante sustituyéndole en los derechos que este hubiere tenido si la situación hubiera sido distinta<sup>319</sup>. No existe una actuación jurídica realizada por el representante en interés del representado.

## 2. Teorías doctrinales y crítica

En aras de precisar la naturaleza jurídica del derecho de representación, la doctrina ha elaborado distintos planteamientos que han dado lugar a numerosas construcciones, exponiéndose brevemente a continuación aquellas más relevantes para el estudio del fenómeno de la representación sucesoria.<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *cit.*, págs. 202 y 203.: “(...) y como impropio y equívoco es el nombre mismo que la tradición viene dando a esta entidad jurídica. En el llamado derecho de representación no hay representación verdadera. Los nietos y los hijos de hermanos suceden por derecho propio y no por el derecho de sus padres premuertos, desheredados o incapaces. Lo único que hay es que dichos herederos reciben lo que su padre habría heredado si hubiese llegado a suceder. Con razón se ha dicho que lo que se llama representación no es, en realidad, más que una subrogación o sustitución, por la que se atribuye a los descendientes el derecho de ocupar el lugar que su ascendiente hubiera ocupado en una sucesión”. En el mismo sentido R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE (“El derecho de representación ...” *cit.*, págs. 261 a 263) entiende incorrecto utilizar el término de derecho de representación, denominación creada por el Derecho intermedio, por cuanto el afirmar que los nietos representan al hijo premuerto supondría que éstos no suceden por derecho propio al causante sino a través de otros, lo cual no es cierto pues la ley llama directamente al descendiente para que ocupe en la sucesión intestada del padre causante el mismo puesto que en la delación habría ocupado el hijo si hubiera vivido al tiempo de la misma, con lo que el presente autor concluye afirmando que “Por ello lo mejor sería abandonar el concepto de representación sucesoria y ver tan sólo en el referido caso de premoriencia una delación o llamamiento directo a la stirpe. (...)”.

<sup>320</sup> Sobre las distintas teorías existentes acerca de la naturaleza jurídica del derecho de representación y sus críticas *vid.*, N. H. RIZO PÉREZ (*op. cit.*, págs. 2334 y ss.) quien concluye al respecto que el derecho de representación constituye “una forma de suceder, que integra la llamada delación indirecta y en correspondencia con los presupuestos que la originan, pueden producirse delaciones sucesivas. La delación es recibida de manera personal por el representante, aunque con referencia *per relationem* al representado, concediéndole al primero, el derecho de suceder al causante en el *quantum* que hubiera correspondido al segundo”.

*A) Teoría de la ficción legal*

Teoría de origen romanista, fue seguida por Pothier y plasmada en el Código francés en su artículo 739 conforme al cual “*La représentation est une fiction de la loi, dont l’effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté*”. La presente tesis, ampliamente difundida por la doctrina anterior a la etapa codificadora ha quedado obsoleta siendo abandonada en la actualidad por la generalidad de la doctrina civilista.<sup>321</sup>

Sus adeptos consideran esta figura como una ficción en virtud de la cual la ley atribuye al representante, sólo a efectos hereditarios, un mejor grado de parentesco del que realmente ostenta con relación al *de cuius*.<sup>322</sup> Así pues, se considera que los hijos ocupan el grado de parentesco que corresponde al padre para suceder en vez de éste al causante. Alegan al respecto que la representación sucesoria finge lo que no existe al llamar al representante a una sucesión bajo el supuesto de ocupar un grado de parentesco que a él no le corresponde.<sup>323</sup> Consecuentemente, se entiende respetado el

---

<sup>321</sup> La doctrina española anterior al Código civil acogió la teoría de la ficción legal. Posteriormente la sustenta J. M<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO (*op. cit.*, págs. 73, 74 y 82) en cuya opinión, “el pariente más próximo no siempre excluye al más remoto, sino que éste entra a compartir con aquél la herencia colocándose para ello, por ficción de la ley, en el grado que al efecto necesita”. Consecuentemente admite que hay herederos legítimos que heredar por derecho propio, en tanto en cuanto por el hecho de pertenecer a un orden preferente hallándose en el grado más próximo les corresponde la herencia, y otros que heredan por derecho de representación, es decir, adquieren los derechos que corresponderían a su ascendiente por el hecho de que a pesar de hallarse en un grado más remoto, ocupan el lugar o grado de dicho ascendiente. Este autor, si bien encuentra correcto el hecho de que el Código civil español no emplee en su definición, al igual que el francés la palabra ficción, no por ello niega que no se trate de esto, pues afirma que la palabra ficción “expresa una verdad de hecho” en tanto en cuanto, la ley no reconoce que algunos descendientes, aún dentro de su grado, tienen derecho a suceder en la herencia en concurrencia con otros parientes cuyo grado de parentesco es más próximo al causante, sino que la ley les reconoce a los parientes más lejanos ese derecho no como propio, sino por el hecho de que los mismos representan a parientes del grado llamado por la ley a suceder. Es de destacar que en nuestra doctrina moderna existe aún alguien que entiende el derecho de representación como una ficción por la que los representantes ostentan el mismo grado que el representado para acceder a la herencia del primer causante (A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2486).

<sup>322</sup> Consecuentemente se considera que los hijos, por ejemplo, ocupan el grado de parentesco correspondiente a su padre para suceder en vez del mismo al causante.

<sup>323</sup> Esta teoría fue acogida positivamente por nuestra doctrina anterior al Código. Posteriormente la apoya, entre otros, J. M<sup>a</sup>. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil Español*, tomo VII, Madrid, REUS, 1914, pág. 57.



principio de proximidad de grado. La ficción legal ha sido explicada también de otro modo entendiendo que el representado vive hasta después de la muerte del causante con lo que se produce una transmisión de su derecho a sus descendientes.<sup>324</sup>

En contra de esta teoría, de influencia afrancesada, se manifiesta la práctica totalidad de nuestra doctrina.<sup>325</sup> Actualmente ha quedado obsoleta al ser correctamente superada, y decimos correctamente, porque entendemos que no se trata de una teoría válida, pues la ley no precisa recurrir a ficciones con el fin de crear esta figura sucesoria.<sup>326</sup>

Lejos de entender que la ley a través del derecho de representación crea ficticiamente un pariente de grado mejor al que posee a efectos del llamamiento sucesorio, resulta más correcto afirmar que la ley crea una figura que supone una excepción al principio de proximidad de grado, siendo precisamente el mismo precepto que establece ese principio, el que a su vez se encarga de regular la salvedad del mismo, es decir, fija la excepción de dicho principio.<sup>327</sup>

---

<sup>324</sup> G. BAUNDRY-LACANTINERIE / A. WHAL (*Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Successions*, t. I, París 1905, págs. 258, 259) lo entienden de este modo, afirmando que la ficción consiste en mantener la existencia del representado hasta la muerte del *de cuius*.

<sup>325</sup> Si bien el artículo 739 del Código de Napoleón y varios autores de Derecho intermedio han entendido el derecho de representación como una ficción legal, este instituto no puede ser calificado como tal, “no hay nada de ficción en el derecho de representación (...) esto no constituye una ficción legal, sino un beneficio legal de vocación o llamamiento directo sucesorio, en concurrencia con otros de grado más próximo al causante e inspirado en motivos de equidad (...)” (R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación ...”, *cit.*, pág. 263).

<sup>326</sup> En la actualidad, y a pesar de que la denominación que el *Code* otorga al derecho de representación continúe utilizando la expresión “ficción”, esta teoría ha sido abandonada por la doctrina francesa prácticamente en su totalidad. En este sentido, los autores franceses entienden que el legislador no precisa acudir a una ficción, sino que la representación sucesoria supone un beneficio de la ley en virtud del cual un heredero que se encuentra en un grado de parentesco más lejano es admitido a recoger la parte que habría obtenido su padre o su madre premuertos en concurso con otros herederos más próximos en grado que él. (Entre otros, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, 3<sup>a</sup> ed. París 1905, pág. 331.). entre otros destaca en nuestra doctrina, V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa*, *cit.*, pág. 142; R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...”, *cit.*, pág. 263; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 206.

<sup>327</sup> En este sentido, el Código civil en el párrafo primero de su artículo 921 al afirmar que “*En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar.*”.

Además, no es correcto admitir el hecho de que la ley cree un heredero de mejor grado, ya que el hijo seguirá siendo hijo al igual que el nieto seguirá siendo nieto. La ley no convierte al nieto en hijo, sino que establece que, en determinadas circunstancias, ciertas personas, que conservan, con respecto al *de cuius*, su grado de parentesco originario, sucederán al mismo en sus derechos y obligaciones en defecto de su ascendiente, el cual tendría que haber heredado primeramente, lo que no supone que ocupen su lugar, sino que tan sólo son llamados ante la falta del mismo.<sup>328</sup>

En otro orden de cosas, y en relación con la exposición que BAUDRY-LACANTINERIE y A. WAHL<sup>329</sup> han llevado a cabo para explicar la teoría de la ficción legal, tampoco ésta debe ser considerada como válida. Ello daría lugar a lo que se denomina derecho de transmisión el cual no sólo es diferente al derecho de representación sino que además, ambas figuras de derecho sucesorio son incompatibles entre sí.<sup>330</sup>

El hecho de entender vivo al representado tras el momento de la muerte del causante daría lugar el derecho de transmisión en virtud del cual, muerto el llamado a la herencia sin aceptarla ni repudiarla, pasará a sus herederos el derecho de adquirirla aceptándola.<sup>331</sup> El objeto de esta figura lo constituye la delación, ya que el *ius delationis* perteneciente al heredero que muere antes de aceptar o repudiar sufre un traspaso a los herederos del mismo. Contrariamente a lo expuesto, en la representación sucesoria no se transmite nada porque no hay segundo causante. El causante es uno y la herencia, ante la falta de un sujeto intermedio, es deferida directamente al representante con lo que la

---

<sup>328</sup> Cfr. L. MARTINEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 124.

<sup>329</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE / A. WAHL, *op. cit.*, págs. 258 y 259.

<sup>330</sup> Teniendo en cuenta que la *transmissio* evita la vacancia en la herencia del primer causante, ello evita que se produzca la representación y la excluye de un modo definitivo (F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, págs. 285 y 286).

<sup>331</sup> Artículo 1006 Cc “Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía”.

delación así como la vocación, tienen lugar a favor del sujeto que pasará a ocupar el lugar en el que el representado debió de haberse encontrado sucediendo de este modo al *de cuius* directamente.

### *B) El derecho de representación como subrogación legal*

Esta teoría, que surge y se desarrolla en el Derecho francés<sup>332</sup> a partir del siglo XVII, tiene cierta prevalencia en nuestra doctrina anterior y posterior al Código.<sup>333</sup>

Se puede observar una cierta afinidad entre esta postura doctrinal y la teoría de la ficción legal,<sup>334</sup> por cuanto aquella afirma que, a través del derecho de representación, el representante se subroga, por ministerio de la ley, en el lugar y grado del representado, es decir, ocupa su lugar. Consecuentemente, aquél se coloca en un grado de parentesco que en realidad no le corresponde con el fin de obtener la parte de la herencia que correspondería a su ascendiente.

En su formulación más moderna destaca la interpretación de BETTI, que construye la naturaleza jurídica de nuestro instituto como una aplicación de la subrogación. Según este autor, la subrogación en sentido amplio supone el ingreso de un

---

<sup>332</sup> Si bien la teoría del derecho de representación como subrogación legal surgió en Francia en el siglo XVII, ésta se encuentra latente en la actualidad por cuanto el artículo 739 del Código entiende que hace entrar a los representantes en el lugar y grado del representado.

<sup>333</sup> El Proyecto de 1851 entiende que el derecho de representación en materia sucesoria consiste en una figura análoga a la subrogación. En este sentido, el artículo 753 dispone que “*La representación da a un pariente vivo los derechos que tendría otro ya difunto, si viviera, en cuyo lugar, grado y derechos se subroga*” (F. GARCÍA GOYENA, op. cit., pág. 395). F. SÁNCHEZ ROMÁN (op. cit., vol. 3º, pág. 1700 y ss.), entiende la representación sucesoria, de naturaleza legal, como una subrogación ajena a la voluntad del heredero premuerto y representado, y afirma que “*lo que se llama representación, no es en el fondo más que una subrogación o sustitución, cuya fórmula práctica consiste en que, premuerto el ascendiente intermedio le reemplacen u ocupen su lugar sus descendientes, que se dice en lenguaje jurídico, no muy apropiado, aunque de uso tradicional en leyes y tratadistas, que lo hacen por derecho de representación*”.

<sup>334</sup> J. J. BURGOS BOSCH (op. cit., pág. 8), tras afirmar que con el derecho de representación se produce una ficción legal, lo define con la siguiente frase, “*Derecho de representación es el que tienen determinados descendientes para subrogarse en el lugar de un ascendiente premuerto, incapaz o desheredado, concurriendo a la herencia del ascendiente o hermano de este*”.

sujeto en la posición jurídica ocupada con anterioridad por otra persona, o bien en la que ésta podría haber ocupado en la medida en que dicha posición estaba reservada para la misma.<sup>335</sup> Dicho esto, el la representación sucesoria quedaría incluida en esta segunda modalidad. A través de este instituto, el representante subentra en la posición del sucesor premuerto, ausente o indigno, pero no en los derechos adquiridos anteriormente por éste, sino en los derechos que le habrían correspondido eventualmente en el supuesto de haber venido a la sucesión.<sup>336</sup> En conclusión, manifiesta GUILARTE ZAPATERO, que muerto el representado, éste “transmitiría a sus descendientes su expectativa de llegar a suceder al causante; expectativa que, abierta la sucesión de éste, se consolida y se transforma en el derecho correspondiente a favor de aquéllos”.<sup>337</sup>

Como se manifestó arriba, esta segunda teoría se encuentra muy unida a la idea de ficción, ya que ambas se basan en colocar al representante en un lugar y grado que no le corresponden. Constituye esta la primera crítica a la tesis de subrogación por lo ya dicho sobre la imposibilidad de entender el derecho de representación como un supuesto en el que el representado ocupa un grado de parentesco que no le corresponde a efectos sucesorios. Al respecto, VATTIER FUENZALIDA manifiesta que esta teoría incurre en el grave error de suponer que hay una sucesión del representante al representado, lo cual es grave porque dicha sucesión ni existe ni puede existir.<sup>338</sup>

Entender el derecho de representación como una figura análoga a la subrogación resulta un tanto forzado, no sólo en lo relativo al concepto mismo de la subrogación, sino también en lo que respecta al campo de aplicación de dicha figura. En efecto, en relación a este último, la subrogación constituye una figura típica del Derecho de obligaciones regulador de determinados supuestos que se basan en actos *inter vivos*, con

---

<sup>335</sup> E. BETTI, “Sulla natura giuridica della girata dei titoli all’ordine”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1927, I, págs. 565 y ss.

<sup>336</sup> *Cfr. Teoría general negocio jurídico*, trad. y conc. por A. Martínez Pérez, Madrid, s.f., pág. 28; también en *op. cit.*, pág. 567.

<sup>337</sup> *Cfr. op. cit.*, pág. 143.

<sup>338</sup> *Cfr. op. cit.*, pág. 211.

lo que, desde este punto de vista, parece imposible la pretendida asimilación entre ambas figuras.<sup>339</sup>

Por otra parte, y partiendo de la citada concepción que BETTI da a la subrogación en aras a otorgar al derecho de representación una naturaleza análoga, también se puede afirmar que ello supondría crear forzosamente la similitud entre ambas figuras. Similitud imposible por cuanto, y tomando como punto de partida el concepto que este autor otorga a la subrogación, el derecho de representación supone una sucesión, es decir, el sujeto representante sucede directamente al *de cuius*<sup>340</sup> lo cual es contrario a entender que éste ocupa el lugar o posición jurídica ocupada por otro con anterioridad.<sup>341</sup> En definitiva, se puede objetar, en síntesis a la teoría de la subrogación legal que los representantes no pueden ocupar una posición jurídica que otro sujeto ocupó virtualmente, es decir que realmente no ha existido. Verdaderamente, admitir lo contrario implica forzar demasiado la subrogación a fin de justificar la existencia de analogía entre ella y nuestro instituto.

---

<sup>339</sup> Con esta misma idea se manifiesta C. VATTIER FUENZALIDA (*op. cit.*, pág. 209) que entiende que esta categoría engloba supuestos concernientes principalmente al Derecho de obligaciones los cuales, por el hecho de basarse en actos *inter vivos*, se distinguen radicalmente del derecho de representación. Consecuentemente, afirma que la categoría es inaplicable al derecho de representación.

<sup>340</sup> Si el representante sucede directamente al *de cuius*, no ha habido sucesión anteriormente, y si ésta no ha existido no se puede hablar de subrogación por cuanto, el representante no puede subrogarse en unos derechos que nunca han pertenecido a otra persona.

<sup>341</sup> También F. SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, vol. 3º, pág. 1701) asemeja del derecho de representación a la subrogación afirmando que “(...) lo que se llama representación, no es en el fondo más que una subrogación o sustitución, cuya fórmula práctica consiste en que, premuerto el ascendiente intermedio le reemplacen ú ocupen su lugar sus descendientes (...)”, cuestión ésta que se debe debatir por cuanto en el derecho de representación, el representante no ocupa el lugar del representado, sino que se coloca en la posición que éste debió haber ocupado y no llegó a hacerlo, además, este autor, al igual que otros (J. L. LACRUZ BERDEJO, (*Derecho de sucesiones ... cit.*, pág. 191) asemeja el término subrogación al de sustitución siendo ambos diferentes. En la sustitución, el sujeto primeramente llamado, al igual que en la representación sucesoria, no llega a ocupar el puesto en el que es colocado el sustituto sucediendo directamente al causante. Contrariamente a este autor, entiende acertadamente R. Mª. ROCA SASTRE (*El derecho de representación, ... cit.*, pág. 262), que el hecho de decir que el nieto pasa a ocupar en la sucesión el mismo lugar que su padre premuerto “puede arrastrar a la falsa idea de que el derecho de representación implica una subrogación traslativa de derechos o una subentrada en un puesto sucesorio vacante, cuanto nada de esto se produce aquí”.

En resumen, contra esta tesis se pueden oponer tres razones fundamentales: en primer lugar, los representantes no pueden entrar en una posición jurídica que realmente no ha tenido lugar, ya que no tiene lugar la delación a favor del representado. En efecto, en el derecho de representación tan sólo tiene lugar un llamamiento a favor del representado que se produce el momento de la apertura de la sucesión, ya que el que habría correspondido al representante no puede tener lugar por premuerte, incapacidad o desheredación. Así pues, dado que este último llamamiento nunca existió, la posición jurídica del representando resulta inexistente, lo que implica la imposibilidad de un subingresso en la misma por parte del representante. En segundo lugar, partiendo de la idea de que el representante nada hereda, ha de concluirse que, si no hay sucesión, no puede haber subrogación. En tercer y último lugar, se puede manifestar en contra de esa teoría que al basarse en el subingresso, se acerca a la tesis de la ficción con lo que se da una idea errónea de la estructura de la representación sucesoria. La teoría de la subrogación da a entender que hay una sucesión del representante al representado, lo cual es erróneo ya que ésta ni existe ni ha existido nunca. Verdaderamente, en el supuesto de la representación no se trata de suceder al representado, sino al causante.<sup>342</sup>

### C) Teoría de la sustitución *ex lege*

La configuración de la naturaleza jurídica del derecho de representación como una sustitución *ex lege* constituye quizás la teoría dominante en nuestro país. En efecto, en nuestra doctrina impera la idea de que nuestro instituto –denominado en el Derecho aragonés “*sustitución legal*”<sup>343</sup> - participa de la misma naturaleza que la sustitución

---

<sup>342</sup> V.GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa...* cit., pág. 143.; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 210 y 211.

<sup>343</sup> Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (BOA 4/03/1999). CAPÍTULO III “La sustitución legal”, Art. 19: “Salvo previsión en contrario del disponente, los descendientes de un llamado a título universal o particular o legitimario de grado preferente ocupan el lugar de éste en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos en esta Ley”. Es la Compilación de 1967 la que introduce el término “sustitución legal” frente al de “derecho de representación” que ostentaba nuestro instituto hasta la época. La Ley 1/1999 opta, según establece el Preámbulo “por mantener para todos los supuestos la denominación que recibió esta figura en 1967 (por considerarla preferible a la de representación (...))” (Cfr. J. A SERRANO GARCÍA, “De las sucesiones en general.

vulgar, aunque en este supuesto, en vez de la voluntad del testador, la sustitución es ordenada por ministerio de la ley.<sup>344</sup>

En consecuencia, manifiestan sus adeptos, la naturaleza jurídica del derecho de representación coincide, con la de la sustitución vulgar,<sup>345</sup> pues al igual que esta última, implica una vocación indirecta en virtud de la cual los designados suceden en lugar de otra persona.<sup>346</sup> La diferencia radica en que, en el derecho de representación, el cambio de heredero no es previsto por el testador de modo voluntario, sino que es ordenado por la ley. Consecuentemente, ante la falta del primer llamado, éste es sustituido “*ope legis*” mediante un llamamiento a aquellos que forman su estirpe, manteniéndose inalterable la atribución patrimonial.<sup>347</sup>

---

Capítulos I a IV (artículos 1 a 39)”, en *Ley de Sucesiones, Comentarios Breves* por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, Zaragoza, Librería General, S.A., 1999, pág. 25.

<sup>344</sup> En esta postura se encuentran, entre otros, autores como M. ROYO MARTÍNEZ (vid., *op. cit.*, pág. 192) quien afirma con rotundidad que “*La llamada “representación” es una sustitución vulgar establecida por la ley*”. Comparten esta tesis, F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 301; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos”, RDN, enero-marzo 1955, págs. 42 y 43.; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 134 y ss.

<sup>345</sup> Vid. R. DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, “Derecho de obligaciones, Derecho de familia, Derecho hereditario”, trad. de la 4ª ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, Reus, 1931, pág. 1077.

<sup>346</sup> Teniendo en cuenta que la vocación, en términos generales, constituye un momento esencial del fenómeno sucesorio consistente en el llamamiento actual o virtual de un determinado sujeto a la herencia, ésta será indirecta cuando un sujeto determinado, que habría venido a heredar no sucede efectivamente, bien porque no puede o no quiere, heredando otro en su lugar ya sea por voluntad de la ley ya por la del testador. Ello no implica que aparezcan diversas vocaciones sucesivas, pues el primer llamado no ha existido nunca, consecuentemente no ha sido vocado.

<sup>347</sup> Sin embargo, la doctrina no es unánime al respecto. En contra de la analogía entre el derecho de representación y la sustitución vulgar se encuentran autores como C. VATTIER FUENZALIDA (Vid., *op. cit.*, págs. 214 a 217), quien entiende que ambas figuras son profundamente diversas tanto en su estructura como en su función y sólo presentan una semejanza aparente en lo concerniente a su resultado práctico permitiendo el desplazamiento de la cuota hereditaria del representado, que equivaldría al instituido, al representante quien desempeñaría el papel del sustituto. En resumen esta teoría incurre en diversos defectos, a saber, imposibilidad lógica, diversidad de estructura, régimen jurídico diferente y parcialidad; J. L. LACRUZ BERDEJO (Vid., *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 190. En la misma línea se encuentra M. ALBALADEJO, (*Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1982, pág. 74) concluyendo, al referirse a la comparación entre las dos figuras, que “Son distintas, aún dando por supuesto que en el caso que sea se alcancen iguales resultados por ambas”.

Esta tesis cuenta también con numerosos adeptos en la doctrina extranjera, y en especial entre los autores italianos. Entre estos, destaca fundamentalmente COVIELLO, su principal mantenedor, cuya teoría se expone en síntesis del siguiente modo. Resulta errónea la afirmación de la sucesión legítima tenga lugar por derecho propio y por derecho de representación, pues lo que existe es una vocación directa, en el caso de llamamiento inmediato al pariente más próximo, y otra indirecta, encuadrándose aquí la sucesión por representación. En la vocación indirecta, es la ley la que llama a la stirpe en sustitución de aquellos sujetos que si no hubieran premuerto, estuvieran ausentes o fuesen indignos, serían llamados a suceder en primer lugar. Así, la representación puede construirse como una sustitución *ex lege* de la descendencia al ascendiente que, habiendo sido llamado en primer grado, se encuentra en la imposibilidad de adquirir la herencia. Sin embargo, esto no implica que el representante no ejercite un derecho derivado sino que éste será originario. Se habla de vocación indirecta por cuanto sólo tiene lugar en el caso que el primer llamado a suceder al difunto se encuentre en la imposibilidad de adquirir la herencia y el segundo lo sustituye en virtud de la ley.<sup>348</sup>

Se ha dicho que la representación sucesoria, al igual que la sustitución es una vocación indirecta.<sup>349</sup> Esta tiene lugar cuando un sujeto que habría venido a suceder no lo hace bien porque no puede o no quiere, en cuyo caso será otro el que herede en su lugar, en el supuesto de sustitución, porque esa es la voluntad del testador, y en la

---

<sup>348</sup> Cfr. L. COVIELLO, *Successione legittima e necessaria*, 2ª ed., Edit. Giuffrè, Milano 1938, págs. 95 y ss. Partidario de esta teoría se muestra también, entre otros R. DE RUGGIERO, *vid.*, *op. cit.*, pág. 1077. Respecto a la vocación indirecta, A. ALBANESE (*op. cit.*, pág. 597) objeta que la vocación del representante no deriva de la del representado, al contrario, es autónoma. Puede haber vocación hacia el representado sin una llamada precedente cuando el representado muere antes de la apertura de la sucesión.

<sup>349</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, (*op. cit.*, pág. 2485) habla de llamamiento indirecto pero luego se inclina por la ficción. La vocación es autónoma pero con relación a otro llamamiento que no tuvo efectividad, es decir, la designación es indirecta en tanto en cuanto resulta de una anterior que ha sido frustrada, resultando igual tanto en las cargas como en las obligaciones. En este sentido entiende L. COVIELLO (*op. cit.*, pág. 100) que el hecho de entender que cuando la ley habla de sucesión por derecho propio se refiere al caso en que un sujeto es llamado inmediatamente como el pariente más próximo no excluye que el representante ejerza también un derecho originario. Añade este autor al respecto que “La sola *differenza* sta in ciò che la sua vocazione é indiretta, in quanto ha luogo solo nel caso che il primo chiamato a succedere al defunto, trovasi nella impossibilità di acquistare l’eredità e il secondo si sostituisce al primo in virtù di legge”.



representación porque así lo establece la ley, hablando por ello de sustitución *ex lege*.<sup>350</sup> Sin embargo, ello no supone que entre el causante y el sustituto o representante haya habido otra vocación, sino que entre ambos está la posición de otra persona.<sup>351</sup>

En ocasiones, se ha concluido que el derecho de representación consiste en una sustitución o subrogación<sup>352</sup> cayendo erróneamente en la equiparación de dos figuras que no guardan entre sí similitud alguna.<sup>353</sup> Efectivamente, mediante la subrogación, un sujeto pasa a ocupar la posición jurídica en la que otro se encontraba con anterioridad, a diferencia de lo que ocurre con la denominada sustitución vulgar en la que el sustituto, ocupa un lugar que, si bien en un principio estaba destinado a otro, quedó vacante, de modo que hereda directamente al causante. Consecuentemente, y en relación con la crítica llevada a cabo con anterioridad en contra de la posible analogía entre representación sucesoria y subrogación, nuestro instituto consiste en una sustitución impuesta por la ley, y por ello puede denominarse sustitución *ex lege*. Resulta interesante, en este sentido, la identificación que de ambas figuras lleva a cabo la

---

<sup>350</sup> En este sentido, M. ROYO MARTÍNEZ (*op. cit.*, pág. 192) afirma que “La llamada “representación” es una sustitución vulgar establecida por la ley”. Al igual que lo que ocurre en la sustitución vulgar, el sustituto no recibe nada del instituido que nada llegó a heredar, sino que sucede directamente al *de cuius* exactamente porque el sujeto al que sustituye no heredó. En la misma línea L. COVIELLO (*op. cit.*, pág. 100) afirma que “La rappresentazione quindi può bene costruirsi come una sostituzione ex lege della discendenza al capostipite, che essendo chiamato in 1° grado trovasi nella impossibilità di raccogliere l’eredità”

<sup>351</sup> Efectivamente, tanto en el derecho de representación como en la sustitución no existe una vocación anterior a la del sujeto que realmente sucede al *de cuius*, salvo, como se ha dicho ya en el caso de sustitución por renuncia del instituido en primer lugar, que como ya se expresó al hablar de la delación, no sirve como argumento para negar la analogía entre ambas. Es por ello, que resulta un tanto extraño que J. L. LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones.... cit.*, pág. 190) sostenga, para negar la analogía, que no puede hablarse de sustitución en la vocación cuando no ha habido vocación, o bien ésta ha desaparecido *ex tunc*, para el primer llamado cuando precisamente es uno de los puntos en los que coinciden representación sucesoria y sustitución vulgar.

<sup>352</sup> F. SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, vol. 3º, pág. 1701) afirma que “lo que se llama representación, no es en el fondo más que una subrogación o sustitución, cuya fórmula práctica consiste en que, premuerto el ascendiente intermedio le reemplacen u ocupen su lugar sus descendientes, (...), que lo hacen por derecho de representación”. En la misma línea se desenvuelve J. CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil Español (...) cit.*, pág. 99).

<sup>353</sup> Partiendo del sentido gramatical de la palabra sustitución, como colocación de una cosa o persona en lugar de otra, es lógico que ambos términos puedan ser confundidos. Sin embargo, en el lenguaje jurídico la sustitución hereditaria no supone lo mismo. En este sentido, A. DE LA OLIVA DE CASTRO (*op. cit.*, t. II, pág. 3741) la define como “la designación de una persona para que reciba la herencia o legado a falta, o después, del primer llamado”.

Compilación de Aragón hasta el extremo de regular nuestro instituto bajo la rúbrica de “*Sustitución legal*”.<sup>354</sup> Al respecto manifiesta MERINO HERNÁNDEZ que la sustitución legal aragonesa cumple un objetivo similar, en el Derecho foral aragonés, que el “derecho de representación” en el Código civil y resalta lo curioso que resulta que las teorías que pretenden explicar la figura de la representación sucesoria como una sustitución legal son rechazadas porque entienden que esta última “conlleva el ejercicio de un derecho ajeno en nombre propio”, lo cual es imposible.<sup>355</sup>

En contra de esta postura, se ha refutado que no se puede hablar de sustitución, pues estructuralmente ambas son distintas. Mientras que en la sustitución vulgar la delación es plural, sucesiva o diferida, en el derecho de representación sólo hay una delación única y legal al representante, que coincide con la apertura de la sucesión y desde la óptica de los efectos, éstos no son los mismos en ambas instituciones.<sup>356</sup> Sin embargo, a nuestro entender, la delación es igual en ambos casos con la diferencia de que en la primera tiene lugar por voluntad del causante y en nuestro instituto ésta es establecida por la ley. Así, entendemos que en ambos supuestos la delación es única a favor del sustituto o representante con la única excepción del supuesto de renuncia, que actúa tan sólo respecto de la sustitución legal y en el que sí se puede hablar de delación sucesiva o diferida. En este sentido, como se manifiesta en el párrafo siguiente, el hecho de que la representación no opere para el caso de renuncia no debe llevarnos a descartar de cuajo la analogía existente entre ambos institutos.

---

<sup>354</sup> J. A. SERRANO GARCÍA (“De las sucesiones en general”, *cit.*, pág. 22). La denominación se mantuvo con la promulgación de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, que determina en su Preámbulo lo siguiente: “*En cuanto a la sustitución legal (...). Se ha optado por mantener para todos los supuestos la denominación que recibió esta figura en 1967 (por considerarla preferible a la de representación) (...)*”.

<sup>355</sup> J. L. MERINO HERNÁNDEZ, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, t. XXXIV, vol. 1º., Madrid, EDERSA, 2002, pág. 150.

<sup>356</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones...* *cit.*, pág. 190. En contra de esta postura se manifiesta también C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 214 y ss.

Si bien es cierto como afirma ALBALADEJO,<sup>357</sup> que en la representación no existe una delación a favor del representado, sino solamente a favor del representante, éste argumento no es propicio para la negación de la similitud entre ambas figuras, pues en la sustitución ocurre exactamente lo mismo. Efectivamente, si partimos de que la delación supone el llamamiento efectivo a la herencia, siendo su principal característica la posibilidad inmediata de aceptarla,<sup>358</sup> ésta no podrá tener lugar a favor de aquellos sujetos que hayan premuerto al testador, o bien que hayan sido desheredados por éste, o sean incapaces de suceder<sup>359</sup>. Consecuentemente, no existe delación ni a favor del sustituido ni a favor del representado. La sustitución vulgar, a diferencia del derecho de representación, puede tener lugar en el supuesto de que el primeramente instituido rechace la herencia,<sup>360</sup> en cuyo caso, sí se producirían dos delaciones. Sin embargo, ello no implica una imposibilidad de que ambas figuras se asemejen, sino que se puede considerar que dicha cuestión constituye una de las diferencias existentes entre ambos institutos, ya que el hecho de que se asimilen no quiere decir que ambos sean idénticos.

La doctrina ha aludido, para negar la analogía entre representación sucesoria y sustitución vulgar, a la obligación de colacionar impuesta por el Código civil en el artículo 1.038.1, pues según este precepto, que sólo opera con respecto al derecho de representación, *“Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el*

---

<sup>357</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA (“La sustitución vulgar”, *R.D.N.*, enero-marzo, 1955, págs. 174 y 175), distingue ambas figuras, para lo cual se basa en que en la sustitución vulgar, a diferencia de lo que ocurre en el derecho de representación sucesoria, un sujeto es llamado en defecto del otro, produciéndose por tanto dos delaciones. Sin embargo, este autor se contradice al afirmar en páginas anteriores que en el supuesto de nulidad de la institución, premoriencia o incapacidad del instituido, la delación la hay para el sustituto y no para el instituido (M. ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit.*, pág. 142). En el primer supuesto, en el que hace referencia a la existencia de dos delaciones, el autor se centra, tan sólo en la sustitución vulgar producida por el hecho de haber renunciado a la herencia el primer instituido, pero no a los casos de premoriencia o incapacidad.

<sup>358</sup> J. L. LACRUZ BEDEJO/ F. SANCHO REBULLIDA, *vid.*, *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona 1993, págs. 35 y 36.

<sup>359</sup> Respecto a la incapacidad, la cuestión reviste algo más de dificultad siendo tratada más adelante. No obstante se verá como el resultado final no varía con lo que se puede hablar de una delación directamente al representante.

<sup>360</sup> Artículo 774. 1º Cc *“Puede el testador sustituir una o más personal al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia”*.

*padre si viviera, aunque no lo hayan heredado*".<sup>361</sup> Sin embargo, entendemos que no se trata de un argumento viable, pues el fundamento de la colación se encuentra en la pretensión de un trato igualitario entre los herederos forzosos del causante.<sup>362</sup> Así, la condición de legitimario constituye uno de los presupuestos básicos de la colación.<sup>363</sup> Por lo tanto, el sustituto de un heredero no forzoso del testador, al igual que el hijo de un hermano premuerto del causante que le hereda por representación, no precisa de una norma legal que le imponga esta obligación y por ello, no les es de aplicación mismo el artículo 1038.1 Cc<sup>364</sup>

Sin embargo, este hecho no es razón suficiente para rechazar esta teoría, pues, si centramos la sustitución en los mismos sujetos a los que alude este precepto, es decir, si partimos de la hipótesis de que el nieto o nietos fueran llamados a la herencia en virtud de una sustitución vulgar, para el supuesto que su padre no quisiera o no pudiera

---

<sup>361</sup> C. VATTIER FUENZALIDA (*op. cit.*, pág. 217) establece que el régimen jurídico del derecho de representación no es el mismo que el de la sustitución vulgar ya que la obligación de colacionar regulada en el artículo 1.038 "*es propia y exclusiva de éste y no de aquélla*".

<sup>362</sup> Prueba de ello es que el Código civil prevé que la obligación de colacionar pesa sobre los herederos forzosos cuando concurren con otros que también lo sean (artículo 1035 Cc "*El heredero forzoso que concurre, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición*"). Al respecto J. SARMIENTO RAMOS (*Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 2448) entiende que "*no es el posible aprovechamiento por el representante de tal liberalidad lo que determina la colacionabilidad, sino el mantener el trato igualitario global entre los herederos forzosos del causante (...)*". M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*La colación hereditaria*, Madrid, Tecnos, 2002, págs. 74 y ss.) se muestra partidario de que la *ratio* de la colación radica en el intento de facilitar la igualdad entre los legitimarios.

<sup>363</sup> A ello hace alusión M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*op. cit.*, pág. 157). Así, manifiesta este autor que en el supuesto del artículo 923 Cc que excluye la representación en el supuesto de renuncia, si los hijos del causante renuncian a la herencia, entonces, los nietos que sean herederos no tendrán que colacionar ni lo donado a su padre, ni lo donado a ellos mismos, porque en este caso carecen de la condición de legitimarios, que constituye uno de los presupuestos básicos de la colación. Asimismo, tampoco habrá obligación de colacionar para el nieto que haya recibido por sí mismo del causante si el hijo muere después del abuelo sin haber aceptado ni repudiado la herencia. En este supuesto tendría lugar una sucesión por derecho de transmisión del artículo 1006 Cc por lo que técnicamente habría una sucesión del abuelo al hijo y otra del hijo al nieto.

<sup>364</sup> Efectivamente, este precepto es de aplicación sólo a los nietos que suceden al abuelo por representación y no a los sobrinos, hijos de un hermano premuerto del causante, pues, éstos al no ser herederos forzosos no tienen obligación de colacionar.

heredar, en este caso, en virtud de la sujeción del sustituto a las mismas cargas y condiciones impuestas al sustituido éste sí tendría la obligación de colacionar.<sup>365</sup>

En definitiva, lejos de acudir a complicadas figuras, que en numerosos casos ni siquiera son propias del Derecho sucesorio para encontrar la naturaleza jurídica del derecho de representación, entendemos que éste consiste en una sustitución impuesta por la ley, y que consecuentemente bien puede ser denominada sustitución *ex lege* al modo en que se hace en la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón.

Efectivamente, si cuando el testador, previendo un posible evento, impone un nuevo llamamiento para el supuesto de que este tenga lugar, pasando a suceder entonces un sujeto que ocupa el lugar previsto para el primer llamado, se denomina sustitución vulgar, parece lógico que un supuesto idéntico, pero impuesto por la ley, sea considerado una sustitución legal.<sup>366</sup>

#### *D) Teoría de la conversión*

Se trata de una teoría defendida por NICOLÓ, quien se sitúa fuera del concepto técnico de la conversión, ceñido sólo a los negocios jurídicos y no a los hechos.<sup>367</sup>

---

<sup>365</sup> Artículo 780 Cc “El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del mismo”.

<sup>366</sup> La misma opinión tiene al respecto L. MARTÍNEZ CALCERRADA (*op. cit.*, págs. 134 a 136) quien afirma rotundamente que “el derecho de representación, es, simplemente, una SUSTITUCIÓN “EX LEGE”, creada por la facultad normativa cuando se producen unas específicas circunstancias que fundamentan la entrada o sustitución del primer heredero por otro u otros ligados a él por el exclusivo vínculo de la descendencia”.

<sup>367</sup> R. NICOLÓ, (*La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Racolta di scritti, t. I, Milano, 1980, págs. 182 y ss.) considera la representación como un fenómeno de conversión, análogo, bajo varios aspectos, a la conversión de los negocios jurídicos. En contra, A. ALBANESE (*op. cit.*, pág. 597) manifiesta que la conversión concierne a los negocios nulos, mientras la primera vocación, que debería convertirse en la vocación sucesiva, no es nula, simplemente falta, por premoriencia o ausencia, o cae por renuncia, indignidad, pérdida del derecho a aceptar).

Ante la imposibilidad de que un determinado acto o negocio jurídico consiga los efectos que han sido previstos, la conversión consiste en la producción de otros diferentes o bien los mismos en menor extensión, siempre y cuando sea lícito el presuponer que las partes querían dicho cambio de resultados manteniéndose en todo momento el titular de los derechos objeto del negocio jurídico en cuestión.<sup>368</sup>

Partiendo de la presente definición sobre la conversión, NICOLÓ expone que la naturaleza jurídica del derecho de representación es análoga a la misma, pues consiste en una suerte de la conversión legal.<sup>369</sup> La ley convierte la vocación antecedente, que no llega a existir o falla, en un elemento de la vocación sucesiva. En consecuencia, la vocación sucesoria no produce los efectos jurídicos previstos en cuanto la herencia es deferida a otro sujeto distinto del primeramente llamado manteniéndose el resto de los elementos de dicha vocación sucesoria.

Sin embargo, es inadmisibile pretender equiparar la figura de la representación sucesoria a la de la conversión de los negocios jurídicos por cuanto ésta supone un procedimiento para evitar la nulidad de un negocio jurídico lo cual no ocurren en nuestro instituto.<sup>370</sup> Verdaderamente, entendiendo por conversión aquel fenómeno a través del cual un negocio jurídico, formalmente nulo en su especie, resulta validado

---

<sup>368</sup> Si bien nuestro Código civil no contiene ninguna norma que de modo expreso autorice el mecanismo de la conversión, nuestra doctrina mayoritaria suele manifestarse favorable a su admisibilidad en nuestro sistema. *Vid.* la monografía de C. M. Díez Soto, *La conversión del contrato nulo (su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, Barcelona, Bosch, 1994.

<sup>369</sup> *Cfr. op. cit.*, págs. 184 y 185.

<sup>370</sup> en contra de esta teoría se inclina no sólo la doctrina española (entre otros cabe señalar a J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 191) sino que también autores italianos han expuesto su crítica a la misma. En este sentido, destaca L. COVIELLO (*op. cit.*, pág. 100) quien entiende el derecho de representación como una figura análoga a la sustitución *ex lege* de la descendencia a su ascendiente, que siendo llamado en primer grado se encuentra ante la imposibilidad de recoger la herencia. R. NICOLÓ, (*op. cit.*, pág. 182) hace alusión a la teoría que pretende equiparar el derecho de representación con la sustitución *ex lege*, si bien en su crítica al respecto no ataca la idea en sí, sino la impropiedad del término, por cuanto el primer llamado no es jamás titular, ni actual ni potencial de la vocación.

como negocio de distinta especie,<sup>371</sup> es incorrecto hablar de que la representación sucesoria actúa como tal, pues no hay en este supuesto necesidad de salvar la validez de negocio alguno.

En su intento por asemejar ambas figuras, añade R. NICOLÓ que si bien la conversión es propia del negocio jurídico, en este supuesto lo que realmente se produce es una conversión del hecho jurídico de la vocación sucesoria, por cuanto ésta se producirá a favor de un sujeto distinto al llamado en primer lugar.<sup>372</sup> Ello es incierto, ya que la primera vocación, que el autor estima sufre una conversión, nunca llega a tener lugar y por lo tanto la vocación es una sin que se pueda afirmar que sea alterada en momento alguno.

MARTÍNEZ CALCERRADA, contrario a esta teoría mantiene que la única conversión que opera en nuestro instituto es que el sujeto primitivo se convierte en otro.<sup>373</sup> Sin embargo, en este punto concreto, entendemos que el autor se encuentra en un error, pues cuando el derecho de representación tiene lugar, tan sólo existe un llamado a la herencia.

---

<sup>371</sup> F. DE CASTRO Y BRAVO, (*El Negocio Jurídico*, ed. facsímil de 1997, Madrid, Civitas, pág. 486) afirma que “Se ha venido denominando conversión, al remedio para evitar la nulidad de aquel negocio que sería considerado nulo, tal y como aparece conformado por el o los declarantes, y que consiste en tenerse en cuenta que resultará válido, al considerarlo conforme a otro tipo de negocio jurídico”).

<sup>372</sup> R. NICOLÓ (*op. cit.*, pág. 183) afirma efectivamente que en el presente caso nos encontramos fuera del concepto técnico de conversión, que se refiere a los negocios jurídicos y no a los meros hechos, ya sea legal ya voluntaria, pero lo que no se puede negar es que el fenómeno es, en su línea esencial, sustancialmente idéntico.

<sup>373</sup> Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 130. En la misma línea se ubica J. L. LACRUZ BERDEJO (*Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 191) quien manifiesta que en el derecho de representación, al contrario de lo que ocurre en la conversión del negocio jurídico –que al ser de carácter objetivo mantiene inalterable la persona titular del derecho– lo que cambia precisamente es el titular. Sin embargo, en contra de esta afirmación, entendemos que el representado por premorir o devenir incapaz no llega a ser titular de dicho derecho, llamando la ley a sus descendientes, quienes ocupan el puesto en el que su ascendiente no se llegó a posicionar.

*E) Teoría de la vocación colectiva*

Una de las teorías desarrolladas para determinar la naturaleza jurídica del derecho de representación es la tesis de la vocación colectiva dirigida por la ley a la estirpe del representado. Supone un llamamiento directo de la ley a la estirpe del representado. Inexistente el que fue cabeza de la misma, la ley llama de forma unitaria y colectiva a todos los que la forman.<sup>374</sup>

Cabe destacar como principal mantenedor de esta teoría, introducida en Italia BARASSI, quien entiende que el individuo, cuando es hijo o hermano del difunto es llamado a la herencia en cuanto es el centro de la unidad familiar que él mismo ha ido creando, la cual se ha formado a su alrededor, siendo el fundador de una serie de generaciones que derivan de él. Este sujeto, continúa diciendo el autor, que es el que tiene la sucesión, si bien la acepta en interés propio, también lo hace, de un modo indirecto, en interés de la estirpe de la cual es el cabeza; consecuentemente, la estirpe es, en cierto sentido, destinataria del patrimonio.<sup>375</sup>

Esta teoría debe ser objeto de crítica, ya que no se corresponde con el derecho de representación. En efecto, no se puede admitir la existencia de vocación colectiva en

---

<sup>374</sup> Cfr. C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 217.

<sup>375</sup> L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, 3ª ed., A. Giuffrè, Milano, 1947, pág. 67. Si bien dicha teoría fue introducida en Italia, también autores españoles la han apoyado. En este sentido, junto a autores como R. Mª. ROCA SASTRE, (*El derecho de representación...* cit., pág. 262) que se limita a admitirla desde un punto de vista descriptivo por cuanto afirma que “Lo exacto es que aquí la ley llama a la herencia intestada del padre causante la estirpe del hijo predifunto; de modo que dicha estirpe no representa a la persona de éste, ni siquiera a su grado sucesorio, ya que hereda directamente y por su propio derecho, si bien con sujeción al módulo distributivo in stirpes. Por ello, lo mejor sería abandonar el concepto de representación sucesoria y ver (...) una delación o llamamiento directo a la estirpe (...)”, destaca esencialmente A. FUENMAYOR CHAMPÍN (“Estirpe única y representación hereditaria”, en *Estudios de Derecho Civil II*, Navarra, 1992, págs. 1114 y ss.) el cual, siguiendo la teoría de BARASSI, reconoce en la estirpe la destinataria del patrimonio.



nuestro instituto, ya que ésta es típica del denominado acrecimiento, figura ésta, distinta e incompatible con la representación por cuanto ambas son excluyentes.<sup>376</sup>

Efectivamente, la vocación solidaria supone un llamamiento a varios sujetos a una misma sucesión, o bien, a una misma parte alícuota u objeto concreto de la misma otorgando la posibilidad a los llamados de adquirir lo que los otros no adquieran por no existir al abrirse la sucesión o por no poder o no querer aceptarla, produciéndose de este modo lo que se denomina acrecimiento. En conclusión, por medio de la vocación solidaria cada uno se entiende llamado eventualmente al todo. En el derecho de representación, el llamamiento a los representantes es individual pudiendo por tanto ser aceptado o repudiado individualmente.<sup>377</sup> Lo que ocurre es que la ley determina que la división de la herencia entre ellos tenga lugar por estirpes, pues se pretende que los representantes, que se encuentran en el mismo grado de parentesco con respecto al causante, no hereden más de lo que heredaría el representando si hubiera podido heredar. Sin embargo, ello no implica que el llamamiento sea colectivo o con vocación solidaria.<sup>378</sup>

*F) Teorías de la vocación indirecta: teoría de la vocación en parte per relationem y de la delación indirecta*

Al respecto manifiesta VATTIER FUENZALIDA que tanto la teoría de la vocación en parte *per relationem* como la de la delación indirecta, son subsumibles en el mismo grupo de la vocación indirecta ya que ambas derivan y han sido elaboradas a partir de la misma.<sup>379</sup>

---

<sup>376</sup> Cfr. V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 144; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 133

<sup>377</sup> Vid. P. BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, *El derecho de acrecer (negocios “inter vivos” y “mortis causa”)*, Madrid 1956, págs. 57 y ss.

<sup>378</sup> En este mismo sentido se pronuncia C. VATTIER FUENZALIDA, *vid.*, *op. cit.*, págs. 223 y ss.

<sup>379</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 222 y 223.

La primera de la vocación en parte *per relationem* teoría, formulada, en un principio por CARIOTA-FERRARA, ha sido difundida entre los autores españoles por LACRUZ BERDEJO.<sup>380</sup> Se basa en que la ley otorga al llamado una posición originaria y autónoma, pero lo hace en consideración al contenido que habría correspondido a una persona intermedia (representado), que no llega a ser efectivo.<sup>381</sup> La parcialidad deriva de la obligación que pesa sobre el representante de colacionar lo que hubieran recibido en vida del causante (1038.2 Cc).<sup>382</sup> Partidario de esta teoría, se muestra GUILARTE ZAPATERO no sólo porque con la referencia al derecho que hubiera correspondido al representado se precisa el contenido de la delación a los representantes, sino también porque subjetivamente, la ley los designa en atención y en vez del representado.<sup>383</sup>

Contrario a la teoría de la vocación *per relationem* se muestra VATTIER FUENZALIDA quien manifiesta que, si bien la teoría refleja bien el mecanismo esencial de nuestro instituto, ésta requiere ciertas precisiones para ser exacta del todo. Entiende que el derecho de representación, no supone una remisión de la ley al contenido de otra vocación que no existe, sino que la propia ley determina el contenido defiriéndolo al representante o representantes. Lo único indirecto en la representación sucesoria es la determinación del *quantum* que “en vez de ser el que correspondería a los representantes por aplicación de las reglas de la sucesión intestada, o en su caso, de la legítima, es el que resulta de la división por estirpes”. En conclusión, esta teoría peca de parcialidad por no tener en cuenta el elemento subjetivo de la sucesión.<sup>384</sup>

---

<sup>380</sup> Cfr. *Derecho de Sucesiones... cit.*, pág. 191. En la misma línea se encuentra V. GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios Edersa cit.*, pág. 145), quien entiende que dicha teoría matiza con acierto el fenómeno del derecho de representación sucesoria “no sólo porque con la referencia al derecho que hubiera correspondido al representado se precisa el contenido objetivo de la delación a los representantes, sino también porque subjetivamente la ley designa a éstos en atención y en vez de aquél.”.

<sup>381</sup> Cfr. J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 191.

<sup>382</sup> Artículo 1038.2 C. c. “También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos”.

<sup>383</sup> Vid. *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 145.

<sup>384</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, vid., *op. cit.*, págs. 223 y 224.

En relación a la segunda teoría a saber, la de la delación indirecta, al igual que lo que ocurre en la sustitución vulgar, se considera que, el derecho de representación constituye una modalidad de la delación indirecta por cuanto ciertos sujetos, denominados representantes, son llamados a la sucesión de un modo subordinado, puesto que dicho llamamiento depende del hecho de que otro sujeto, llamado o tan sólo designado con anterioridad no quiera o no pueda aceptar la herencia.<sup>385</sup> Se objeta que esta teoría confunde la representación con la sustitución vulgar.<sup>386</sup>

No puede decirse que en nuestro instituto exista delación indirecta por haber existido ofrecimiento anterior, ya que la delación con respecto al sujeto premuerto, desheredado o incapaz no llega a tener lugar, salvando lo dicho con anterioridad para el incapaz o indigno. Consecuentemente, el *ius delationis* actúa de modo directo hacia el representante o representantes. En este sentido, si bien se podría entender que la delación tan sólo es indirecta en tanto en cuanto, entre el sucesor y el *de cuius* hay una persona interpuesta, ésta no llega a recibir el ofrecimiento de la herencia con lo que no es aceptada esta teoría para explicar la naturaleza jurídica del derecho de representación en tanto en cuanto la herencia es deferida de modo directo al representante.

Vistas algunas de las teorías elaboradas en torno a la naturaleza jurídica del derecho de representación, coincidimos con VATTIER en que “ninguna de ellas satisface plenamente”.<sup>387</sup> Pese a esta disconformidad que mostramos, entendemos que la que más se acerca a nuestro instituto, si bien no se puede decir que exista una

---

<sup>385</sup> J. SAPENA TOMÁS, “Vocación directa e indirecta”, *RDEA*, 1960, págs. 117 y ss. A. ALBANESE, (*op. cit.*, págs. 598 y 599) manifiesta que parece preferible hablar de delación indirecta. El representante determina este autor sucede en el lugar y grado del representado, de modo que el contenido de la sucesión es determinado con referencia a la llamada o designación del representado. Se trata de una vocación directa, ya que el vocado es sólo el representante, pero delación indirecta que podrá ser inmediata (en el caso de premoriencia y ausencia) o diferida en el supuesto de indignidad, renuncia y pérdida del derecho de aceptar por prescripción.

<sup>386</sup> *Cfr.* C. VATTIER FUENZALIDA, *vid.*, *op. cit.*, págs. 224 y 225.

<sup>387</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 226.

identidad plena, es la teoría de la sustitución *ex lege*, así como la de la delación indirecta en lo que de similitud guarda con aquélla.

#### **IV. PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN**

Los presupuestos para que tenga lugar la sucesión por representación se pueden clasificar en objetivos y subjetivos, en función de que refieran los hechos que determinan la aplicabilidad de esta figura, o los requisitos que deben reunir los sujetos interesados para que el derecho de representación sucesoria sea viable. En tal sentido, se denominan presupuestos objetivos las circunstancias *de facto* que deben concurrir para que el derecho de representación pueda surtir sus efectos. Se denominan requisitos subjetivos a los caracteres que han de reunir los sujetos interesados para que la representación sucesoria sea viable.

##### **1. Presupuestos objetivos**

Sabido es que la representación sucesoria actúa en determinados supuestos en los que, faltando a la sucesión el primer llamado, vienen a ocupar su puesto ciertos sujetos que se encuentran ligados a éste por el vínculo directo de la descendencia. Por tal motivo, es preciso un análisis de los supuestos concretos que implican la falta del primer llamado a la apertura de la sucesión con el consecuente llamamiento de los segundos en virtud del derecho de representación.

Los artículos 924 y 929 del Código civil aluden respectivamente a “*los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*” y a la imposibilidad de representar a “*una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*”. A la vista de tales normas resulta, tal y como afirma el profesor LACRUZ BERDEJO, que “para que un causahabiente pueda heredar por representación, es preciso que la persona intermedia

o “representado” haya dejado de adquirir el derecho a la misma herencia por razones independientes de su voluntad (...)”.<sup>388</sup>

Así, no siempre que falta la persona llamada por la ley a suceder en primer lugar actúa la representación sucesoria. Resulta incuestionable que para nuestro Derecho la renuncia a la herencia no constituye un presupuesto de hecho que dé lugar a la sucesión por representación. Aunque no de un modo explícito, la exclusión resulta implícitamente establecida en los artículos analizados. En efecto, el artículo 924 Cc establece que sólo podrá representarse a una persona viva en los supuestos de desheredación o incapacidad, de modo que, a pesar de que no haga mención expresa de la renuncia, sí la está excluyendo de los supuestos de hecho que dan lugar a la representación, ya que no la incluye dentro de ellos. Por su parte, del artículo 929 Cc *a contrario* se deduce que la renuncia no produce la representación ya que no se incluye en los supuestos que dan lugar a ésta cuando el representante es una persona viva.<sup>389</sup>

Esta solución se desprende además de otros muchos preceptos del Código civil. Efectivamente, visto el artículo 991 Cc, que establece que “*Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia*”, resulta indiscutible que el renunciante ha de vivir al momento de la apertura de la sucesión del causante, de tal suerte que no se cumpliría uno de los presupuestos establecidos más arriba, a saber, que la persona del primer llamado haya dejado de adquirir la herencia por razones independientes a su voluntad. La misma solución se desprende de la lectura del artículo 922 Cc por cuanto consagra el acrecimiento de la porción repudiada, institución ésta que resulta incompatible con el

---

<sup>388</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 194; A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pág. 81.

<sup>389</sup> C. GONZÁLEZ PORRAS, (*op. cit.*, pág. 1120); A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2500. Hace hincapié este autor en que la renuncia debe ser *post mortem*, así, si antes de la muerte del primer causante alguno de sus posibles herederos renunciara a su herencia futura y muriese antes que aquél, entonces la repudiación sería ineficaz y no impediría el derecho de representación.

derecho de representación.<sup>390</sup> Que en caso de renuncia ha de procederse al acrecimiento queda reflejado también en los artículos 981 y 982.2º Cc<sup>391</sup> Por último ha de mencionarse el artículo 766 Cc por cuanto niega la facultad de transmitir derechos sobre la herencia del renunciante.<sup>392</sup>

No obstante, en relación con los dos últimos preceptos citados, mostramos nuestras dudas acerca de la posibilidad de que puedan servir de fundamento para la exclusión de la renuncia como supuesto de hecho de la representación sucesoria, ya que, el artículo 982.2º se refiere exclusivamente a la sucesión testamentaria sobre la cual, es discutible que sea de aplicación el derecho de representación.<sup>393</sup> Asimismo, no debemos olvidar que el artículo 766 Cc no hace referencia al derecho de representación sino al *ius transmissionis*, figura que como se dijo en su momento es diferente e incompatible con aquélla.

Se ha venido diciendo que la exclusión de la representación en el supuesto de renuncia responde perfectamente a la idea y finalidad de esta figura que consiste en evitar en determinados casos el funcionamiento de exclusión por la proximidad de grado, facilitando que los descendientes de quien no pudo beneficiarse del ejercicio de un derecho que no existía cuando murió, no se vean perjudicados por una situación injusta y que de haber vivido el premuerto no se hubiera dado.<sup>394</sup>

---

<sup>390</sup> Art. 922 Cc, “Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”.

<sup>391</sup> Vid. M<sup>a</sup>. P. GARCÍA RUBIO, *la distribución...* cit., págs. 262 y ss.; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*Compendio...* cit., pág. 52) afirma expresamente que “El artículo 981 dice que en las sucesiones legítimas, la parte del que renuncia a la herencia (si un heredero intestado renuncia no procede el derecho de representación) acrecerá siempre a los demás herederos”.

<sup>392</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa*, cit., pág. 175.

<sup>393</sup> Núcleo central de nuestra tesis cuya solución se dará más adelante.

<sup>394</sup> Así lo entiende GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios Edersa*, cit., págs. 176 y 177), que añade que en el supuesto de renuncia el legitimado para aceptar por ser titular del *ius delationis* puede impedir que esta situación se produzca.

Por tanto, el criterio seguido por nuestro Código, que ha sido apoyado por la práctica totalidad de nuestra doctrina, niega el juego de la representación en el supuesto de renuncia a la herencia.<sup>395</sup> Al respecto, manifiesta VATTIER FUENZALIDA que la repudiación descarta el derecho de representación tal como establece el artículo 923<sup>396</sup> en concordancia con el artículo 929, ambos del Código civil.<sup>397</sup>

Dicho esto, es preciso destacar que, si en virtud de lo establecido en el artículo 923 Cc, sólo resultaran llamados a la herencia del causante nietos de estirpes diferentes, la exclusión en caso de renuncia de la representación parece que chocaría con lo establecido en el artículo 933 Cc, por cuanto, en virtud del mismo, “*los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación...*”. Pues bien, el artículo 923 Cc al establecer que “*heredarán por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*”, implica la división de la herencia por partes iguales y no por estirpes, lo cual supone una antinomia legal. Así, si falleciera A y su único hijo B repudiara su herencia, C, hijo de este último heredaría por derecho propio; si B tuviera varios hijos, heredarían todos por igual. Aquí no se suscitaría problema alguno, pues la porción no variaría en función del precepto a aplicar. Sin embargo, si fallecido A, renunciaran a la herencia sus dos hijos, B y C, teniendo B dos hijos y C cinco, la herencia, se dividiría, en virtud del artículo 923 Cc en siete partes iguales, lo cual supone una contradicción con el artículo 933 Cc, pues según éste debe jugar el derecho de representación. Dicho esto, y como se desarrollará más adelante, se puede concluir que tal antinomia no existe, ya que la *ratio* del artículo 923 Cc es dejar patente la exclusión del derecho de

---

<sup>395</sup> Vid., entre otros, C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 248; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 175 y ss.; A. M. LÓPEZ - V. L. MONTÉS-E. ROCA, *op. cit.*, pág. 82. Para estos autores el Código civil es claro al respecto, resultando que “*el que repudia lo hace para sí y para su estirpe*”; J. MORELL, “¿Heredan los nietos por representación en caso de renuncia del padre?”, *RGLJ*, t. 107, 1905, págs. 340 y ss.

<sup>396</sup> Art. 923 Cc: “*Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*”. Visto este artículo se puede afirmar que el Código civil excluye de manera expresa la representación sucesoria en el caso de repudiación, de tal suerte que se puede afirmar que “*el que repudia lo hace para sí y para su estirpe*” (A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 82).

<sup>397</sup> C. VATTIER FUENZALIDA *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 2229.

representación en el supuesto de renuncia de la herencia. Consecuentemente, repudiando los llamados a la herencia, sus hijos, nietos del causante no heredarán por derecho de representación, ya que no es posible, sino por derecho propio y, en consecuencia, la herencia no podrá dividirse por estirpes.<sup>398</sup>

La renuncia ha de ser *ex post mortem*, de tal suerte que, si antes de la muerte del primer causante, alguno de sus posibles herederos renunciara a su herencia futura y muriera antes que aquél, la repudiación no sería eficaz y consecuentemente no implicaría la exclusión de sus descendientes. Sólo si repudia una vez muerto su causante repudia para sí y para su estirpe.<sup>399</sup> La exclusión representativa en el supuesto de renuncia ha sido, sin embargo, calificada por algunos de injusta. En este sentido, MARTÍNEZ CALCERRADA, que encuentra la razón de ser de la exclusión representativa en el supuesto de renuncia en la fidelidad histórica al “*viventis non datur repraesentatio*”, la critica en cuanto el Código civil consiente la representación a favor de la estirpe del desheredado o indigno a fin de dotarle de protección legitimaria, denegando esta protección en el supuesto de renuncia.<sup>400</sup> Interpretación que no es compartida por ROCA SASTRE, quien entiende que el derecho de representación sólo es aplicable en el supuesto de premuerte. Así, las consecuencias representativas que se consiguen para los demás supuestos, especialmente indignidad y renuncia, se alcanzan mediante la denominada “*successio graduum et ordinum*”<sup>401</sup>, o lo que es lo mismo, mediante una delación sucesiva.

---

<sup>398</sup> Respecto a estos preceptos, adelantamos que ni el artículo 923 ni el 933 dicen nada de la indignidad y desheredación. En ambos casos, como se desarrollará con posterioridad, se prefiere aplicar el artículo 923 por resultar más coherente con la mecánica de la sucesión intestada y el principio de proximidad de grado.

<sup>399</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2500. No ocurre lo mismo, por ejemplo en el apartamiento gallego, en el que, como apunta M.P. GARCÍA RUBIO (« El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego » *ADC*, octubre-diciembre, 2000, págs. 1449 y ss.), la premuerte del apartado al apartante, no impide que la renuncia a la condición de legitimario vincule a sus descendientes.

<sup>400</sup> *Cfr. op. cit.* págs. 422 y 423. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 23 de septiembre de 1992 (*RJA*, núm. 7019).

<sup>401</sup> *Cfr.* R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria”, *RGLJ*, 1943, págs. 581 y ss. *Vid.* sobre el tema, “Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria”, en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, Instituto de España, 1981, págs. 397 y ss. que reproduce el artículo de 1943.



No ha faltado un sector doctrinal que propugnó una reforma legislativa a fin de instaurar el derecho de representación en la repudiación. Entre otros destaca, CASTÁN TOBEÑAS, quien de *lege ferenda*, propugnaba la necesidad de proceder a una revisión del Código civil, obsoleto en muchos aspectos, reelaborando, entre otras cosas, la normativa reguladora del derecho de representación. Al respecto destaca como una de las cuestiones que precisa actualización, la extensión del derecho de representación a los supuestos de repudiación y a la sucesión testada, siguiendo los límites adoptados en su día por el legislador italiano.<sup>402</sup>

Con todo, la propuesta no fue acogida por el legislador por lo que el Código civil tan sólo admite la sucesión por representación en los supuestos de premoriencia, indignidad o desheredación.

Rechazado el supuesto de renuncia en materia representativa, es preciso analizar si, junto a los supuestos característicos en los que opera nuestro instituto (premuerte,

---

<sup>402</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *cit.*, pág. 172. Huelga destacar el cambio de postura de C. VATTIER FUENZALIDA (“El derecho de representación”, publicado en *Derecho de Sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Servicio de publicaciones Universidad de Murcia, 2006, págs. 543 y ss.) quien, lleva a cabo una propuesta articulada en la que, entre otros cambios, se acoge la representación a favor de los descendientes del llamado que repudia. El precepto propuesto en este sentido quedaría redactado como sigue: “*La representación procede cuando el llamado a suceder ha muerto antes que el causante, así como en los casos de indignidad, desheredación, exclusión por testamento y repudio, en los que no puede intervenir en la administración y en la división de la herencia. También procede si un descendientes repudia la herencia del llamado que falta*”. El autor justifica la admisión de la repudiación en base a lo siguiente: 1. La voluntad negativa del que repudia no debe afectar a sus descendientes, ya que éste actúa en su propio nombre y carece del poder de representación ordinaria de los mismos. 2. Si la representación fuera legal, como por ejemplo la patria potestad, entonces el repudio deja de ser un acto individual, libre e incondicionado, ya que requiere el consentimiento del otro progenitor, y ya que el repudio excluye también a los menores, se debe probar causa justificada y obtener autorización judicial previa. 3. La voluntad negativa del repudiante debe equipararse al menos a la mala conducta del indigno o desheredado, por tanto su posición no puede ser peor que la de éstos. 4. Excluir la representación en caso de repudiación, supone un castigo a los hijos del repudiante por una conducta ajena. 5. Supone una discriminación entre los hijos del repudiante y los del desheredado o indigno. 6. Conviene favorecer a los más jóvenes como los hijos del repudiante, porque sus necesidades económicas son más apremiantes. 7. Para finalizar, si se limita la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, es probable que los casos de repudio disminuyan en el futuro.

indignidad y desheredación), caben otros análogos en los que, la actuación del derecho de representación sea factible en nuestro Derecho. Esta cuestión va a revestir, como veremos más adelante, una mayor complejidad.

*A) Premuerte del representado. Comoriencia. Ausencia declarada*

a) Premuerte

La premuerte del llamado a la herencia constituye por excelencia la causa que determina a la aplicación del derecho de representación y la razón que originariamente da lugar al mismo. Se trata del supuesto típico en el que ha de operar este instituto a fin de evitar que dicho acontecimiento impida a los descendientes del prefallecido obtener la herencia que le hubiera correspondido a aquél.

El derecho de representación surge en sus orígenes para salvaguardar los derechos del descendiente de quien por morir con anterioridad al causante, carece de derecho alguno a su porción hereditaria, con lo que consecuentemente se verán mermados los derechos de éstos últimos.

Si bien una vez acreditada la muerte del representado o tras su declaración de fallecimiento, el derecho de representación no presenta problemas, estos pueden por el contrario en dos situaciones de incertidumbre que serán consideradas a continuación; a saber: cuando se produce la muerte simultánea del *de cuius* y del representado por un lado y, por otro, cuando éste se halla en situación de ausencia declarada.

b) La comoriencia del *de cuius* y del representado

El artículo 33 Cc establece la declaración legal de comoriencia, que opera cuando no puede determinarse de forma alguna que el fallecimiento de varias personas llamadas a suceder se ha producido en momentos cronológicos distintos. En este sentido, y ante la imposibilidad de acreditar quién ha muerto primero, nuestro Derecho establece que, se presume que han muerto al mismo tiempo y que no tendrá lugar la transmisión de derechos de una a otra.<sup>403</sup>

Si entre las personas sobre las que se duda si han muerto al mismo tiempo, es decir, sobre las que opera la declaración legal de comoriencia, existiera una determinada relación de parentesco se plantea la discusión de si existe o no derecho de representación. Por ejemplo, si en un mismo accidente mueren intestados, el padre A y su hijo B, es preciso determinar si, dejando aquél otros dos hijos, C y D, y dos nietos, hijos de B, es posible que tenga lugar el derecho de representación respecto de estos últimos.

Existen al respecto dos interpretaciones doctrinales opuestas. La primera admite el juego de la representación al considerar que la comoriencia del causante y del representante equivale, a los efectos que nos ocupa, a la premoriencia, en cuyo caso la herencia se dividiría por estirpes. Frente a ésta, una segunda interpretación rechaza la existencia del derecho de representación, por ser aplicable la *successio ordinem et graduum*. Partidario de la sucesión por representación en este caso se manifiesta, entre otros LACRUZ BERDEJO cuando afirma que “A la premoriencia equivale la comoriencia, al no haber transmisión de derechos entre los comorientes. Así, si un padre y un hijo mueren en el mismo accidente, sin que pueda determinarse cuál ha fallecido el

---

<sup>403</sup> Art. 33 Cc, “Si se duda, entre dos o más personas llamadas a suceder, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro”

primero, los nietos sucederán al abuelo por representación”.<sup>404</sup> También VELA SÁNCHEZ considera, a nuestro modo de ver con gran acierto, “más correcta y justa la inteligencia de que en estas hipótesis tendrá lugar la representación porque se cumplen sus presupuestos esenciales, básicamente la imposibilidad del primer llamado de aceptar la herencia y la justicia de que, por ello, le sucedan sus descendientes”.<sup>405</sup>

Por el contrario, entre los defensores de la segunda interpretación, ROCA SASTRE, defiende que “excluidos los efectos sucesorios entre dichas personas – los comorientes: causante y representado –, a cada una de ellas, cuyo sucesor sea incierto si le sobrevivió, le sucederán sus respectivos herederos ulteriores o sucesivos (los sustitutos vulgares y, en defecto de éstos, los herederos abintestato), prescindiendo, por tanto, de la calidad de sucesor de la persona de sobrevivencia incierta”.<sup>406</sup> En esta misma línea de interpretación se posiciona VATTIER FUENZALIDA por cuanto sostiene que la comoriencia no equivale a la premoriencia sino a la inexistencia, con lo cual no puede dar lugar a la representación sucesoria. En este sentido expone que “no puede haber aquí una sucesión indirecta, y no la puede haber porque no se dan, al menos, dos de los presupuestos básicos del derecho de representación. Por una parte, supuesta la comoriencia de padre e hijo y al estar excluidos por el artículo 33 los derechos sucesorios del hijo comuriente y supuestamente representado, no cabe un llamamiento a su favor, no se le ha dirigido vocación ni delación alguna y la herencia del padre causante no está, respecto a él, en la fase de herencia deferida; por otra parte, dada esta inexistencia de derechos hereditarios, no puede haber una determinación indirecta del *quantum* que se defiera a quienes resulten ser, en definitiva, los sucesores del abuelo, puesto que falta el marco de referencia que la ley tiene en cuenta para determinarlo. No juega aquí, pues, el derecho de representación, sino que estamos ante un claro supuesto de delación sucesiva.”<sup>407</sup>

---

<sup>404</sup> Cfr. *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 194, nota 8. En la misma línea se manifiesta V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 180 y ss.

<sup>405</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2488.

<sup>406</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “La designación...”, *cit.*, 1962, pág. 746.

<sup>407</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 251.

Las argumentaciones expuestas han sido criticadas por GUILARTE ZAPATERO, quien las califica de insostenibles porque llegarían a situaciones que difícilmente se pueden mantener. Así, en el ejemplo señalado, los nietos no llegarían a heredar ya que se encontrarían, con respecto a su abuelo, en peor grado que sus tíos y, por lo tanto, fuera de la sucesión debido al principio consagrado en el artículo 921 Cc. Además, incluso en el supuesto de que se llegara a admitir que heredan debido a una razón distinta del derecho de representación, aplicando entonces el criterio de la división por cabezas y no por estirpes, el resultado obtenido sería contrario a los criterios generales propios de la sucesión intestada “como es que los nietos obtengan la misma cuota que sus tíos en la herencia del causante, abuelo y padre respectivamente de los primeros y de los segundos”. En contra de las manifestaciones esgrimidas por ROCA SASTRE afirma GUILARTE que éstas podrían defenderse si pretende señalar que fallecidos simultáneamente el padre y el hijo, como no hay transmisión de derechos, serán llamados a la herencia del abuelo los nietos pero no por derecho de representación sino como familiares que siguen en grado a su padre comuriente; no obstante, esta defensa chocaría con el artículo 933 Cc en virtud del cual, los nietos suceden por derecho de representación. O bien, “si fallecidos al mismo tiempo, padre e hijo, aquél dejando otros dos y éste soltero y sin descendencia, se quiere indicar que la sucesión del padre se defiende a los hijos por ocupar el grado más próximo de parentesco y la del hijo a los hermanos, porque faltando el padre son quienes le siguen en grado, en el supuesto de que tampoco viva el otro ascendiente”.<sup>408</sup>

Vistas ambas posiciones, varias son las razones para decantarnos por la primera y admitir en estos casos el juego de la representación sucesoria. Verdaderamente, que el precepto relativo a la comoriencia prohíba la transmisión no supone un obstáculo sino más bien todo lo contrario. En efecto, como bien manifiesta GUILARTE ZAPATERO que no se dé transmisión, no implica la imposibilidad de que actúe el derecho de representación, pues no se puede olvidar que ambas figuras son distintas e

---

<sup>408</sup> Cfr., *op. cit.*, pág. 181.

incompatibles entre sí, de modo que la existencia de una excluye a la otra. El artículo 33 Cc impide la transmisión pero nada dice de la sucesión por representación. Además, resulta evidente que no es de aplicación el *ius transmissionis* por cuanto éste requiere la existencia de una delación que no ha sido ejercitada y por ello se transmite ese derecho. Por el contrario el derecho de representación requiere la ausencia de delación respecto del representado, lo cual ocurre en la comoriencia.<sup>409</sup>

Coincidimos, por tanto con LACRUZ BERDEJO cuando dice que a la premoriencia equivale la comoriencia, pues en aquélla, tampoco al premuerto, por el hecho de no sobrevivir al causante, se le transmite derecho alguno. En este sentido, la situación que se produce en el supuesto de comoriencia es análoga a la que se origina por la premuerte de un hijo dejando nietos que se deben proteger.

Los argumentos esgrimidos por VATTIER FUENZALIDA, lejos de servir de crítica para la primera interpretación expuesta, sirven de apoyo de la misma. En efecto, como bien afirma el autor y así se manifestó en párrafos anteriores, supuesta la comoriencia no se produce llamamiento, ni vocación, ni delación respecto del representado; sin embargo, lo mismo ocurre en el supuesto de premoriencia, donde el premuerto, no es vocado ni delado. Por tanto no se da en el derecho de representación, en contra de lo manifestado por el citado autor, una delación sucesiva, sino que el representado es directamente delado. Al igual que en el supuesto de comoriencia, en la premoriencia nos encontramos con un supuesto de inexistencia del sujeto primeramente llamado.

Por último, se puede afirmar que la situación encaja perfectamente en el artículo 924 Cc dentro de la expresión “*hubiera podido heredar*”. Efectivamente, el hijo que fallece al tiempo que su padre, no ha podido heredarle por causas ajenas a su voluntad. Por lo tanto, en el supuesto de muerte simultánea el representado, al igual que en el caso

---

<sup>409</sup> Cfr., *op. cit.*, pág. 181.

de premuerte, no ha recibido ningún derecho del causante por lo que debe aplicarse la representación y así impedir que lo que le hubiera correspondido vaya a manos distintas de las de los nietos a los que se debe proteger.<sup>410</sup>

c) La representación sucesoria en el supuesto de ausencia declarada

A la vista del artículo 191 Cc, “(...), *abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamarla. (...)*”. La norma, que reproduce el artículo 196 de la primitiva redacción del Código, que se apartó del Proyecto de 1851, no ha conseguido evitar las oscuridades a que daba lugar su redacción.

El citado Proyecto, en su artículo 328 establecía que: “*Si se abre una herencia, a la que sea llamado un individuo cuya existencia no está reconocida, entrarán exclusivamente en ella los que debían ser coherederos del ausente, o suceder por su falta (...)*”, por lo que GARCÍA GOYENA, en sus comentarios al mismo, precisaba que, en el supuesto de que quedaran hijos o descendientes del ausente, éstos heredarían con sus tíos al abuelo por derecho de representación.<sup>411</sup> Verdaderamente, la alusión del precepto a “*los que debían (...) suceder por su falta*” configuraba sin duda alguna la aplicación de la representación sucesoria en el caso de ausencia legal. Sin embargo, el artículo 191 Cc, con la frase “*al no haber persona con derecho propio para reclamarla*” omitiendo la citada alusión utilizada por el 328 *in fine* del Proyecto, da lugar a confusión, sobre todo teniendo en cuenta que según la terminología tradicional se puede heredar por *derecho propio* o por *derecho de representación*.<sup>412</sup>

---

<sup>410</sup> Al respecto V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 181 y 182.

<sup>411</sup> F. GARCÍA GOYENA, (*Comentarios... cit.*, pág. 181) así lo entiende al referirse al ejemplo de la sucesión de un padre que deja cuando fallece dos hijos, uno de los cuales está declarado ausente al morir el causante y a su vez con hijos y descendientes.

<sup>412</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 183.

Consecuentemente, sigue en pie la discusión doctrinal relativa a la exacta interpretación del artículo 191 Cc. En efecto, pese a que la mayor parte de la doctrina se inclina a favor del derecho de representación en el supuesto,<sup>413</sup> la desafortunada redacción del precepto ha ocasionado que se plante de nuevo si realmente la correcta interpretación de la norma permite mantener esta opinión generalizada.

La citada expresión del actual precepto, calificada por algunos de “muy dudoso rigor técnico”,<sup>414</sup> ha desconcertado a parte de los autores de modo que, frente a la ya aludida postura tradicional, se ha venido considerando que con esta expresión, el legislador no pudo referirse a los llamados a heredar por derecho de representación, ya que en general, en virtud del artículo 929 Cc, esta fórmula de llamamiento requiere la muerte del representado.<sup>415</sup>

Partidario de la tesis mayoritaria en pro del derecho de representación en el supuesto de ausencia, SERRANO Y SERRANO mantiene que las personas a las que se refiere el artículo 191 Cc, son precisamente las representantes *mortis causa* del ausente. En efecto, en primer lugar, la prohibición de representar a una persona viva, consagrada por el artículo 929 Cc, no es absoluta, pues el propio precepto contempla excepciones. Además el obstáculo impuesto por este precepto no es insalvable, ya que “no se trata de representar a una persona viva, sino a una persona que puede resultar viva, pero que, en

---

<sup>413</sup> En esta línea se encuentran autores como I. SERRANO SERRANO, *La ausencia en el Derecho español*, Madrid 1943, págs. 244 y ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 251 y 252; I. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 275 y ss.; V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 182 y ss.

<sup>414</sup> Cfr. C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 252.

<sup>415</sup> A. DE COSSÍO, “Teoría general de la ausencia”, *R.D.P.*, febrero 1942, pág. 104; B. PÉREZ GONZÁLEZ - J. ALGUER, (*Notas a Ennercus Tratado de Derecho civil*, Parte general, vol. I., Barcelona, 1934, págs. 355 y ss.) “No creemos oportuna la solución que entiende que el legislador sólo puede referirse –al hablar de personas con derecho propio en el artículo 191- a los investidos de derecho a heredar por representación, ya que esta fórmula de llamamiento presupone en general la muerte del representado –artículo 929-. Así pues, no estando probada ni presumida la muerte del ausente, no cabe solucionar que la presupone (...)”.



la inmensa parte de los casos no lo resultará”.<sup>416</sup> En la misma línea, se ha aducido que, si bien el artículo 929 Cc sólo establece dos excepciones para la representación de la persona viva, esto no quiere decir que no pueda existir otra sancionada en distinta posición, sobre todo, si cabe ampararla en la expresión genérica del artículo 924 Cc, en virtud del cual, se representa a quien *hubiera podido heredar*. Indiscutiblemente, el ausente no se encuentra en condiciones de suceder y esta imposibilidad, unida a la probabilidad de su muerte, constituye un presupuesto incuestionable para admitir el derecho de representación en el supuesto de la ausencia.<sup>417</sup>

Asimismo, en apoyo a la solución apuntada por la doctrina mayoritaria, ha de añadirse que la expresión “*derecho propio*” no debe excluir al heredero por representación. Dicha expresión resulta acertada, ya que no sólo supone un llamamiento *ope legis*, sino que resulta unívoca en cuanto que no puede referirse al acrecimiento, ya que éste es mencionado con anterioridad en el propio artículo 191 Cc

Consecuentemente sólo puede referirse al derecho de representación.<sup>418</sup> En apoyo de este argumento añade VATTIER FUENZALIDA que “la norma citada reproduce el sistema que establecen las reglas generales de los artículos 921 y 922, con arreglo a las cuales se ha de interpretar e integrar, dado que el artículo 191 contempla, indudablemente, un supuesto especial de sucesión legal. Llamado un declarado ausente a suceder, pues, no sólo rige el derecho de representación, sino que tal derecho excluye, como sabemos la prioridad de grado y el acrecimiento; por consiguiente, la ausencia equivale aquí, efectivamente, a la premoriencia del representado”.<sup>419</sup>

---

<sup>416</sup> I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia.... cit.*, pág. 243. En la misma línea, entre otros, V. GUILLARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 184; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 614;

<sup>417</sup> V. GUILLARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 184.

<sup>418</sup> Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 276 y 277.

<sup>419</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 253.

Los representantes del ausente suceden al causante indirectamente, con la provisionalidad propia de la situación de ausencia y las obligaciones de hacer inventario y reservar los bienes hereditarios hasta la declaración de fallecimiento tal y como establece el artículo 191 Cc, ya que se les defiende sólo la cuota que habría correspondido al ausente en la herencia del *de cuius*, que habrá de dividirse por estirpes<sup>420</sup>

*B) El artículo 929 del Código civil: desheredación e incapacidad*

El Código civil rompe con el respeto que nuestro Derecho histórico guardó al criterio de premuerte del representado que en materia sucesoria era exigido por el *Derecho romano*. En efecto, el texto legal siguiendo la orientación del artículo 758 del Proyecto de 1851, aumenta los presupuestos de hecho para la procedencia de la representación sucesoria a la desheredación e incapacidad.<sup>421</sup>

Por lo tanto, en virtud del artículo 929 Cc, según el cual, “*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*” ambas –desheredación e incapacidad– constituyen la única excepción que nuestro Derecho admite a la regla *viventis non datur rapraesentatio* y que se encuentra corroborada por el artículo 923 Cc que, como señalamos en su momento, establece la exclusión del derecho de representación en el supuesto de repudiación de la herencia.<sup>422</sup>

---

<sup>420</sup> I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia.... cit.*, págs. 235 y ss. *Idem*, A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2489.

<sup>421</sup> Art. 929 del Cc, “*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*”.

<sup>422</sup> Al respecto T. F. TORRES GARCÍA (“Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)” en *Derecho de sucesiones, presente y futuro, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Santander, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2006, pág. 210), pág. 210 entiende que en los supuestos de desheredación e indignidad, el descendiente no representa a su padre en la legítima sino que adquiere la condición de legitimario si bien su cuantía es ostentada por la estirpe del descendiente.

En este mismo sentido, pero en relación con la sucesión testamentaria, se expresan los artículos 761 Cc, en virtud del cual, *“Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”* y 857 Cc, que establece que *“Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima”*.

Siguiendo a GUILLARTE ZAPATERO,<sup>423</sup> entendemos recomendable un análisis conjunto de los tres preceptos. Independientemente de la interpretación que pretenda darse a los dos últimos, es obvio que se orientan a eliminar las consecuencias punitivas que la indignidad y la desheredación producen sobre quienes, ajenos a las causas que los motivaron, no incurrieron en las mismas. Por tal razón, las soluciones otorgadas en ellos guardan analogía con la que el artículo 929 Cc postula en el supuesto de sucesión intestada, ya que en virtud del mismo se otorga el derecho de representación en los mismos casos y con respecto a los mismos sujetos. Vamos a analizar pues los dos supuestos: desheredación e incapacidad.

El supuesto establecido por el artículo 929 Cc, para la desheredación, esto es, “privación de la legítima de los herederos forzosos mediante las causas legalmente tasadas”, diferente a lo que se denomina “exclusión de los sucesores legítimos (no legitimarios)”,<sup>424</sup> puede parecer anómalo ya que aquélla requiere la existencia de testamento. No obstante, el citado supuesto no resulta imposible, ya que puede tener lugar cuando el testador se limite a desheredar a uno o varios de sus herederos forzosos sin hacer ninguna otra declaración en orden a la disposición de sus bienes, lo que se conoce comúnmente con el nombre de testamento negativo. También cuando la

---

<sup>423</sup> Vid. V. GUILLARTE ZAPATERO *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 185 y ss.

<sup>424</sup> M<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO (*La distribución... cit.*, pág. 300 y nota. 122) hace alusión a esta diferencia; *idem* S. CÁMARA LAPUENTE (*La exclusión testamentaria de los herederos forzosos*, Madrid, Civitas, 2000, págs. 13 y 14), define así la desheredación, distinguiéndola de la “exclusión” de los sucesores legítimos (no legitimarios) mediante una declaración de voluntad mortis causa que no necesita justificación ni causa alguna (...).

disposición testamentaria no agota la atribución de bienes o resulta ineficaz parcialmente. En ambos supuestos se entiende que la delación será legal y no testamentaria.<sup>425</sup>

Admitida la desheredación en la sucesión intestada, es preciso plantearse qué alcance tendrá el derecho de representación respecto de los descendientes del desheredado, es decir, si se extiende a la totalidad de la cuota intestada o, si por el contrario, el derecho de representación se reduce a la legítima. El Código civil en sus artículos 924 a 929 parece inclinarse por la primera de las soluciones, no obstante, el artículo 857 Cc establece específicamente que la representación se ceñirá a la legítima en el caso de desheredación. Al respecto la doctrina se encuentra dividida, si bien la mayoría se decanta por limitar el juego del derecho de representación a la legítima, sosteniendo que el artículo 929 Cc no consagra la representación sucesoria en la sucesión intestada, sino que simplemente confirma la representación en la legítima,<sup>426</sup>

---

<sup>425</sup> M<sup>a</sup> P. GARCÍA RUBIO (*La distribución... cit.*, págs. 308 y ss.) se plantea si un testamento que contenga una disposición meramente negativa o excluyente de los herederos intestados no legitimarios es admisible en nuestro derecho. Al respecto manifiesta que la mayor parte de la doctrina reconoce válido un testamento negativo, en el que se excluya de la sucesión a alguna de las personas que tendrían derecho a heredar *ab intestato*. Al respecto hay quien entiende que con dicha disposición se produce un llamamiento tácito como herederos testamentarios a favor de los no excluidos (en este sentido se manifiesta, entre otros, F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. VI, Pamplona, Aranzadi, 1972, pág. 836). Sin embargo, ella lo considera un llamamiento de carácter legal y no testamentario. En el mismo sentido se manifiestan autores como J. L. LACRUZ BEDEJO/ F. SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones*, II, Barcelona, Bosch, 1973, pág. 242 S. CÁMARA LA PUENTE (*op. cit.*, págs. 63 y ss.) quien entiende en conclusión que “ir más allá de la voluntad puramente negativa expresada implica suplantar la voluntad real del testador (sólo excluir)” y añade que lo contrario podría dar lugar a soluciones y repartos contrarios a la voluntad real del causante. Por tanto, afirma “el llamamiento que se efectúa a favor de los no excluidos por el testamento negativo es una delación legal”. Si la cláusula de exclusión afectara a legitimarios, entonces será válida sólo si el testador con dicha disposición testamentaria de privación, expresa la causa legal en la que se funde (J. L. LACRUZ BERDEJO/ F. SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, 1973, pág. 193). Lo dicho sobre la exclusión de los herederos legales nos obliga a plantearnos si opera el derecho de representación respecto a los descendientes del excluido, lo cual será tratado en páginas posteriores.

<sup>426</sup> *Vid.* entre otros, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 3º, págs. 1708 y ss.; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de Sucesiones*, t. I, *Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982, pág. 1078; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 329, 351 y 352; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 248 y 255, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, Marcial Pons, 1996, págs. 109 y ss., *idem* en “Alcance cuantitativo del derecho de representación sucesorio en los casos de indignidad y desheredación”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 1472 y ss.; J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 184 y ss. S. ALGABA ROS, *Efectos de la desheredación*, Valencia, Tirant lo blanch, 2002, págs. 441 y ss.

no han faltado autores favorables a la orientación opuesta.<sup>427</sup> Destaca en esta última la figura de CÁMARA LAPUENTE por cuanto aporta nuevos argumentos de peso en apoyo de la tesis minoritaria.<sup>428</sup> La cuestión es fundamentada del siguiente modo: en primer lugar, entiende que la representación tiene su sede natural en la sucesión intestada y sobre la cuota legal por lo que entiende que sería preciso una norma que expresamente la restringiese a la legítima para estos supuestos, ya que esa no es la misión de los artículos 761 y 857 Cc cuyo fin es extender un derecho que juega para la sucesión intestada a la legítima, que frecuentemente opera en la sucesión testada como límite a la voluntad del testador. Si a eso se añade, manifiesta el autor, el contenido del artículo 929 Cc, podría parecer que en estos supuestos procedería la representación de los descendientes del indigno “*en todos los derechos que tendría (...)*” (art. 924 Cc) y por lo tanto también en los derechos intestados. Añade que tanto la indignidad como la desheredación privan, no sólo de la legítima, sino de todo derecho en la sucesión intestada, por lo que resulta coherente admitir la representación sucesoria más allá de la legítima. Asimismo, esta opinión resulta acorde con la presumible voluntad del testador que si quisiera excluir a la estirpe pudo haberlo hecho igual que desheredó al legitimario. Por último, entiende que limitar la representación sucesoria a la legítima daría lugar a resultados no satisfactorios, ya que “si los descendientes del indigno o desheredado no heredarán esta cuota, parece ser que el llamamiento se debería hacer a los ascendientes o colaterales lo cual “no parece muy acorde con el orden de llamamientos establecidos en la sucesión legal”<sup>429</sup>.

En contra del citado autor, coincidimos con ESPEJO LERDO DE TEJADA<sup>430</sup> cuando manifiesta que después de otorgarse una definición genérica de nuestro instituto en el artículo 924 Cc, el plano más concreto de cuantificación viene determinado en el

---

<sup>427</sup> M. ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, págs. 190 y ss.; F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. I, Madrid, 1963, pág. 548; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3, Barcelona, 1983, págs. 342 y 343.

<sup>428</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 134 y ss.

<sup>429</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 134 y ss.

<sup>430</sup> M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Alcance cuantitativo del derecho de representación sucesorio”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, págs. 1477 y ss., *idem La legítima... cit.*, págs. 108 y ss.

artículo 926 Cc en virtud del cual, *“Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría su representado si viviera”*. Así pues el legislador se refiere única y exclusivamente al supuesto de *“si viviera”* excluyendo el añadir *“o hubiera podido heredar”* como añade en el artículo 924 Cc En conclusión, el legislador omite al cuantificar nuestro instituto en todo lo que correspondería al representado, los supuestos de desheredación o indignidad. Por lo tanto, en sede de desheredación e indignidad, la cuantificación de la representación sucesoria se hace en los artículos 761 y 857 Cc siendo el artículo 929 Cc tan sólo una norma de remisión a estos últimos preceptos. Discrepamos no obstante con la profesora ALGABA ROS<sup>431</sup> que rebate este primer argumento esgrimido por CÁMARA LAPUENTE, admitiendo que sí existe una norma expresa que restringe en estos casos la representación sucesoria a la legítima, y esa norma es el artículo 766 Cc No obstante, como ya se estudió en su momento el precepto no regula un supuesto de representación, sino que se refiere a la transmisión, instituto incompatible con el nuestro. Asimismo se puede añadir, en contra de esta primera argumentación (*“la representación tiene su sede natural (...) en la sucesión abintestato”*), que tradicionalmente, desheredación e indignidad no daban lugar a nuestro instituto sino que se trata de una novedad introducida en el Proyecto de 1851, por lo que no es *“mucho pedir al Código que afirme con claridad el ámbito de la innovación”*. Además el 761 es un precepto que no se encuentra en sede de sucesión testamentaria sino que se encuentra regulado bajo la sección *“De la capacidad para suceder por testamento y sin él”*. Por tanto, al menos en caso de indignidad, no existiría representación en la sucesión intestada sino sólo en la legítima ya que la norma es común a la sucesión testada e intestada. Obviamente, ello deberá extenderse a la desheredación.<sup>432</sup> Por otra parte, respecto al argumento de la presunta voluntad del testador (ya que si quisiera excluir a la estirpe pudo hacerlo igual que desheredó al legitimario),<sup>433</sup> entendemos que adolece de gran debilidad, ya que

---

<sup>431</sup> S. ALGABA ROS, *op. cit.*, pág. 446

<sup>432</sup> M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. últ. cit.*, págs. 1478 y 1479.

<sup>433</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, pág. 137.

podríamos utilizarlo en sentido contrario y mantener que si el testador no instituyó al descendiente desheredado fue precisamente porque no tenía esa voluntad.<sup>434</sup>

Por último, y en contra de entender como manifiesta CÁMARA LAPUENTE, que estas afirmaciones conducirían al absurdo dando lugar a resultados insatisfactorios ya que el llamamiento entonces debería hacerse a los ascendientes o colaterales, podemos manifestar que los descendientes del indigno o desheredado sucederían del siguiente modo:<sup>435</sup>

- Los descendientes del indigno o desheredado concurren con sus hijos. Los primeros conservan su legítima y los segundos serán llamados a la cuota intestada.

- Si los descendientes del indigno o desheredado coinciden con los descendientes de un premuerto. Todos serían llamados a la herencia bajo un doble criterio. El de proximidad de grado y el del derecho de representación porque los llamados de grado más próximo no son los descendientes de primer grado (art. 933 Cc). Así, los descendientes del indigno o desheredado son llamados por representación sólo a la legítima (arts. 929, 761 y 857 Cc), mientras que los primos suceden por representación en la totalidad de la cuota intestada.

- Si los descendientes del indigno o desheredado no concurren con descendientes de otras stirpes. En este caso dos soluciones. Una primera sería la de considerar que el llamamiento intestado pasa a otra línea (ascendiente, cónyuge o colaterales) conservando los descendientes sólo la legítima. Una segunda, más acorde con el orden de llamamientos establecido por la Ley sería sostener el llamamiento de los descendientes del indigno o desheredado por derecho propio. En este sentido el 923 Cc

---

<sup>434</sup> S. ALGABA ROS, *op. cit.*, pág. 447.

<sup>435</sup> Respecto las distintas soluciones, *cfr.*, M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *op. ult. cit.*, págs. 1489 y 1490.

demuestra que puede haber llamamiento a los descendientes de grado más remoto si no funciona en beneficio de los mismos el derecho de representación, entonces los llamamientos se rigen por el principio de proximidad de grado. Nos posicionamos también en este punto en concreto con LERDO DE TEJADA, toda vez que ante la laguna legal existente para los supuestos de desheredación e indignidad, entendemos mejor aplicar el 923 Cc pues, como apuntamos más adelante, el precepto resulta más coherente con la mecánica de la sucesión intestada y el principio de proximidad de grado. Así pues, el artículo 933 Cc será de aplicación sólo al supuesto de premoriencia.<sup>436</sup>

Verdaderamente, en la línea expuesta por el citado autor, resulta claro que el artículo 926 Cc, que cuantifica nuestro instituto, se está refiriendo tan sólo al supuesto de premoriencia. Si a ello unimos que ni el artículo 761 ni el 857 Cc se encuentran ubicados en sede de “sucesión testamentaria”, entonces, la porción de los representantes del desheredado o indigno ha de ser la legítima, que a nuestro modo de ver, será estricta o incluirá la mejora según el testador haya hecho uso o no de la misma. Así, en la intestada será la legítima larga, pues la mejora no es tal hasta que el testador manifieste su voluntad de mejorar a alguno de ellos, y en este caso, evidentemente no hay disposiciones testamentarias.

Por su parte al artículo 857 Cc se manifiesta en el mismo sentido, ya que limita la porción de los llamados en lugar de su ascendiente a la porción legítima, que será larga o estricta según el testador hubiera o no ejercitado su derecho a mejorar a alguno de sus otros descendientes.<sup>437</sup>

---

<sup>436</sup> *Vid. inrfa.*

<sup>437</sup> Al respecto J. B. VALLET DE GOYTISOLO manifiesta sin embargo que “El derecho a la legítima dimanante de la norma del art. 857, en caso de concurrir con otros hijos o estirpes de hijos del testador no desheredados, queda limitado a la legítima corta o estricta” (RDP 1967, págs. 735 y ss. y Legítimas I, pág. 92 y ss. y II, págs. 981 y ss.; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo, t. XI, Madrid, EDESA, 1982., pág. 592 (en adelante *Comentarios EDESA*).



Conviene señalar la postura de ROCA SASTRE, que es contraria, a entender que tanto este precepto como el artículo 761 Cc, sancionan el derecho de representación. Lo que constituyen realmente es una *sucessio graduum* inspirada en motivos de piedad. Cuando tiene lugar la desheredación, explica el autor, no hay disposición de bienes a favor del legitimario desheredado pues la disposición respecto a él es negativa o de exclusión. En dicho caso, la ley no hace entrar a la estirpe del desheredado en la legítima por vía de representación en cuanto a la disposición en sí, pues ésta no existe sino en sentido negativo, sino que llama directamente a la descendencia a modo de devolución de la porción legítima.<sup>438</sup>

Con respecto a la incapacidad, la doctrina es unánime al afirmar que el artículo 929 *in fine*, al igual que el 761 al hablar de aquélla se está refiriendo realmente a la indignidad. Resulta impensable el supuesto para el caso de incapacidad absoluta, ya que ésta realmente se refiere a supuestos de inexistencia y el representado incapaz existe.<sup>439</sup> Asimismo, la *communis opinio*<sup>440</sup> afirma que no se refiere a la denominada incapacidad relativa, ya que ésta afecta sólo a la sucesión testamentaria, en la que en principio parece no tener cabida el derecho de representación<sup>441</sup>.

Consecuentemente, la excepción otorgada en este aspecto por el artículo 929 Cc ha de aplicarse tan sólo a los supuestos de indignidad y ello es debido, como bien apunta MARTÍNEZ CALCERRADA, a que, al igual que en el caso anterior, la

---

<sup>438</sup> Vid. “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 270 a 272. El mismo criterio sigue en relación al artículo 761, aunque sólo en relación a la estirpe del heredero testamentario indigno, no con respecto al intestado, pues en el caso de indignidad de éste, actúa el derecho de representación.

<sup>439</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 254. Verdaderamente, tal como manifiesta A. LÓPEZ Y LÓPEZ (*op. cit.*, pág. 80) “la incapacidad absoluta es falta de existencia del sucesor (no habrá nadie a quien representar (...))”; F. JORDANO FRAGA, *Indignidad sucesoria y desheredación (Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004, págs. 55 y ss.

<sup>440</sup> Vid., entre otros, A. LÓPEZ Y LÓPEZ *op. cit.*, pág. 80; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 254; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 194; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 181; S. DÍAZ ALABART, *Comentario... cit.*, pág. 1879, también M. ALBALADEJO GARCÍA *Comentarios EDESA... cit.*, pág. 283.

<sup>441</sup> No manifestamos aún nuestra idea al respecto de la existencia del derecho de representación en la sucesión testamentaria por ser el tema central de este trabajo de investigación por lo que se llegará en su momento a una conclusión.

descendencia no tiene la culpa de la conducta de sus padres y esta culpa no debe repercutir en aquélla.<sup>442</sup>

En contra se ha tachado esta excepción de técnicamente imperfecta, pues aunque está bien fundada en razones de equidad, realmente debería desencadenar, al igual que ocurre en el supuesto de repudiación, la *successio ordinem et graduum*.<sup>443</sup> Sin embargo, argumenta con acierto VATTIER FUENZALIDA que dicha afirmación resulta inexacta, ya que en la indignidad no hay, como ocurre en la repudiación una delación sucesiva. En efecto resulta imposible, en el supuesto de indignidad la existencia de una delación sucesiva típica de la repudiación. La delación ofrecida al indigno o bien no existe o deviene ineficaz, por lo tanto el llamamiento realizado al mismo en el supuesto de que llegara a tener lugar no agotaría el *ius delationis*, con lo que éste podría tener lugar a favor de los representantes.<sup>444</sup>

En contra de los que se oponen a que nuestro instituto opere en este supuesto aduciendo, por un lado, que no debe representarse a las personas vivas ya que el lugar del heredero vivo no se encuentra vacante y por tanto no puede ser ocupado por sus descendientes; y por otro lado que en el caso de indignidad no hay derechos y por tanto no tendrá lugar nuestro instituto, pues los representantes son los únicos que pueden ejercitar los derechos del representado; MARTÍNEZ CALCERRADA objeta con acierto, respecto a la primera manifestación, que el llamado indigno carece de la condición de heredero y, consecuentemente sí existe un puesto vacante al que se puede acceder mediante la representación sucesoria. Respecto a la segunda, manifiesta que el premuerto tampoco tiene derechos respecto al causante y sin embargo constituye éste el supuesto típico en el que opera la representación sucesoria.<sup>445</sup>

---

<sup>442</sup> Cfr. *op. cit.*, págs. 181 y 182.; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones... cit.*, pág. 204 y en *Elementos de Derecho Civil...*, *cit.*, (1981), pág. 60.

<sup>443</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, "El derecho de representación..." *cit.*, págs. 282 y ss.

<sup>444</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 255.

<sup>445</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 182.

Respecto a la porción en la que debe heredar el representante del indigno, en contra de lo que manifiesta CÁMARA LAPUENTE, entendemos que la cuestión se rige por lo expuesto con respecto al desheredado, de tal suerte que, también en este caso, tal como se ha ido argumentando, los representantes que concurren a la herencia en lugar del indigno tendrán derecho, según lo dispuesto en el artículo 761 Cc sólo a la porción legítima que habría correspondido a aquél.<sup>446</sup> En consonancia con esta tesis se ha afirmado que el incapaz, además del derecho a la legítima, pierde cualquier otro derecho a la sucesión testada o intestada, todo lo cual se debe a los siguientes razonamientos: en primer lugar el artículo 761 Cc, cuando dice “*adquirirán éstos su derecho a la legítima*”, quiere decir que únicamente adquirirán este derecho; en segundo lugar porque decir “*derecho a la legítima*”, bajo la rúbrica de la Sección I “*De la capacidad para suceder por testamento o sin él*”, en la que se ubica el artículo 761, supone que los descendientes del incapaz sólo reciben ese derecho independientemente de que hubieran sido llamados a la sucesión testada o intestada. Por último se aduce que el artículo 761 suprimió el final de sus artículos equivalentes en el Anteproyecto y en el Proyecto de 1851 que decían que los descendientes del incapaz adquirirían su derecho a la legítima “*en el caso de existir otros herederos testamentarios*”.<sup>447</sup> En contra se ha manifestado que el artículo 761 Cc habla expresamente del “*testador*”, por lo que parece claro que el legislador se está refiriendo al supuesto en que el causante hubiera hecho testamento, en caso contrario, la cuestión se encuentra regulada en la sección relativa al derecho de representación y, consecuentemente, tiene cabida, en lo establecido en los artículos 924 y 929 del Código civil, por lo que, ante la ausencia de testamento corresponderá al representante del indigno la misma porción que le habría correspondido a éste si hubiera llegado a heredar.<sup>448</sup>

---

<sup>446</sup> S. DÍAZ ALABART, *op. cit.*, pág. 1879.

<sup>447</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios EDERSA ... cit.*, págs. 286 y 287

<sup>448</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones...*, *cit.* pág. 204.

Dicho lo cual, nos planteamos el supuesto del artículo 756.2 Cc en virtud del cual será incapaz de suceder por causa de indignidad “*el que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, de su cónyuge, descendientes o ascendientes. Si el ofensor fuere heredero forzoso, perderá su derecho a la legítima*”. Entre las distintas cuestiones que nos puede suscitar la norma, nos centraremos en lo que aquí interesa, a saber si el hecho de que el heredero forzoso al que hace referencia pierda la legítima implica que también sus descendientes la pierdan constituyendo así una excepción al artículo 761 Cc A esta conclusión llegó el profesor MIQUEL intentado dar una explicación a la existencia del precepto, pues si el indigno siempre pierde la legítima, el hecho de que sólo se diga eso en el párrafo segundo del artículo 756 Cc tendría una explicación razonable. Así, concluye que “el que atenta contra la vida del testador ya no es sólo que sea indigno con el contenido normal de todos los que se ven excluidos de la herencia, es que además pierde su derecho a la legítima, lo que si a él no le afecta porque está excluido, en cambio puede afectar a sus hijos”.<sup>449</sup> En contra se manifiesta el profesor ALBALADEJO, quien prefiere entender que la norma es inútil a darle una explicación que pudiera resultar perjudicial para los descendientes del indigno.<sup>450</sup> Nuevamente, y coincidiendo con este último autor, entendemos que no debe pesar sobre los hijos y descendientes del indigno, ajenos a los actos de éste, las fatales consecuencias de lo hecho por sus padres o ascendientes.

Resulta interesante al respecto la opinión de JORDANO FRAGA,<sup>451</sup> quien si bien no trata directamente el tema, se puede entender que de un modo implícito aboga por no dar un tratamiento diferente al supuesto tratado por el artículo 756.2 Cc con respecto a los demás casos de indignidad. En resumen entiende el autor que no se puede utilizar el precepto *a sensu contrario* para defender que la indignidad, fuera del supuesto previsto en dicha norma, no priva al indigno de la legítima, pues utilizar un argumento a contrario entraña posibles peligros. En resumidas cuentas entiende que la privación de

---

<sup>449</sup> J. M<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984. págs. 1275 y 1276.

<sup>450</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios Edersa*, cit., págs. 288 y 289.

<sup>451</sup> F. JORDANO FRAGA, *Indignidad sucesoria...* cit., págs. 61 a 63.

la legítima prevista por el artículo señalado es extensible a los demás supuestos de indignidad, lo cual resulta más conforme con la regulación sucesoria de nuestro Código, dicha cuestión resulta además confirmada por el artículo 761 C.c. Por tanto, si el autor califica de improcedente utilizar en contrario el 756.2 para mantener que sólo éste supuesto priva de la legítima al indigno previsto por el mismo y defiende que lo previsto en el mismo resulta extensible a las demás causas de indignidad, no hay razón para plantearse la última duda aquí suscitada sobre si los indignos previstos en este párrafo son diferentes al resto y por tanto en este caso sus descendientes también se verían privados de la legítima.

Llegados a este punto, es preciso plantearse si en el supuesto de exclusión de la herencia de herederos legales opera nuestro instituto respecto de los descendientes del excluido, constituyendo así la exclusión uno de los presupuestos objetivos para que entre en juego el derecho de representación, lo cual podría atentar contra el principio *“viventis non datur repraesentatio”*.

En España, la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, única reguladora de la exclusión en nuestro país, aboga por dar una solución positiva.<sup>452</sup> Verdaderamente podemos afirmar que tanto los presupuestos legales de la representación sucesoria como su fundamento se ajustan a la perfección a una respuesta afirmativa sobre el tema.<sup>453</sup> Respecto a la primera cuestión –presupuestos legales del derecho de representación– el artículo 924 Cc, que define el derecho de representación como *“el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar”*, destaca la sucesión intestada como el ámbito natural en el que opera nuestro instituto dada su ubicación en dicho marco. Esta

---

<sup>452</sup> Art. 23.1 *in fine*: *“En la sucesión legal la sustitución tiene lugar cuando el llamado (...) o excluido absolutamente en la sucesión”*.

Art. 198.2: *“Los excluidos absolutamente quedan privados del derecho a suceder ab intestato y del de ejercitar la acción de lesión que pudiera corresponderles, en los que serán sustituidos por sus stirpes de descendientes si los tuvieran”*.

<sup>453</sup> Cfr. S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 130 y ss.

cuestión coincide enteramente con las circunstancias de la exclusión testamentaria de los herederos *abintestato*, toda vez que, como se señaló anteriormente, el llamamiento que se efectúa es una delación legal. Asimismo, otra coincidencia absoluta con lo expresado en la citada norma es que si el efecto primordial de la exclusión a tratar es que la herencia se defiere como si el excluido no existiese, resulta evidente que éste, tal como requiere el artículo 924 Cc no podrá aceptar, colocándose en una situación similar a la de un premuerto, desheredado o indigno.<sup>454</sup> Por lo que respecta a la segunda cuestión, es decir, el fundamento, como bien se ha manifestado, la representación sucesoria constituye una excepción al principio de proximidad de grado sancionado en el artículo 921 Cc a fin de evitar situaciones injustas y favorecer así a la parentela del llamado que no llegó a heredar. Pues bien, de la misma manera, los hijos del excluido que no hayan sido excluidos expresamente por el testador, no deben resultar perjudicados por razones que a ellos no les afectan.<sup>455</sup>

Otros argumentos de peso aducidos por el profesor CÁMARA LAPUENTE<sup>456</sup> se basan en primer lugar en que el carácter excepcional de la exclusión, que obliga a una interpretación restrictiva de ésta, no debe servir de obstáculo en nuestro Derecho donde la exclusión no se regula. Así, dada la ausencia de regulación al respecto, resulta imposible preverla como presupuesto de la representación sucesoria, y además tendría cabida en el artículo 924 Cc al hacer alusión a la imposibilidad de heredar. En segundo lugar, rebate el argumento que en contra del juego de nuestro instituto en casos de exclusión, manifiesta que el representante, cuando pretende sustituir al ascendiente debe invocar también el título de designación de este último, ya que no se puede olvidar que el representante no sucede al representado sino directamente al causante, de tal suerte que, el hecho de que el excluido carezca de expectativa alguna a la herencia del causante por disposición del mismo, no es impedimento para que los descendientes de aquél reciban la herencia. Por último apunta a la incongruencia manifiesta que se

---

<sup>454</sup> Vid. Entre otros, J. L. LACRUZ BERDEJO/ F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, Bosch, 1988, pág. 583.

<sup>455</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 131.

<sup>456</sup> Vid. *op. cit.*, págs. 132 y ss.

produciría con respecto a la indignidad, que la exclusión para suceder, basada en la libre voluntad del causante y sin necesidad de causa, tenga efectos más drásticos que aquella que requiere causas legalmente tasadas, que suponen agravios contra el causante y que cuentan con el reproche sancionatoria del ordenamiento.

## 2. Presupuestos subjetivos. Parentesco

Frente a una interpretación estrictamente literal del artículo 924 Cc, que conduce a la aplicación de la representación sucesoria a todos los parientes del representado, la conexión con otros preceptos evidencia la limitación legal del derecho de representación a los parientes que ostentan con el representado un determinado grado y línea de parentesco. Por lo tanto, la concurrencia de éste en la medida y proximidad exigida constituye el presupuesto fundamental de índole subjetiva del instituto.<sup>457</sup> Frente a la generalidad del artículo 924 Cc, el artículo 925 del mismo texto legal mediante referencia a la línea recta y colateral delimita los familiares con derecho de representación.

Por tanto, el derecho de representación requiere de tres personas que se encuentran unidas entre sí por vínculos de parentesco. Tales personas son las siguientes:

1.- Un primer sujeto que no ha podido heredar por premoriencia, desheredación o indignidad, tal como determinan los artículos 924 y 929 Cc, pues como ya se dijo con antelación, queda excluido el derecho de representación si el llamado a la herencia renuncia a la misma.

---

<sup>457</sup> GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 148 y ss.

2.- Los otros dos sujetos necesarios para que se aplique la representación sucesoria son el destinatario que va a suceder en “representación” del anterior y el causante.

Para acceder a la herencia el denominado representante ha de reunir una serie de requisitos que pasamos a exponer a continuación.

En primer lugar, ha de reunir, frente al representado los siguientes requisitos de parentesco, establecidos por el Código civil:<sup>458</sup> a. El representante ha de ser descendiente del representado. b. El derecho de representación no opera con respecto a los ascendientes del causante. c. La representación sucesoria opera también en la línea colateral respecto de los hijos de hermanos del causante.

Vamos a analizar cada uno de ellos:<sup>459</sup>

a. El representante ha de ser descendiente de la persona que no ha llegado a suceder. En relación a los descendientes, el Código civil establece en su artículo 925 una representación indefinida, de tal suerte que los nietos sucederán en lugar de los hijos del causante; si han muerto los nietos sucederán los bisnietos y así indefinidamente. La línea recta descendente es el campo normal de actuación de nuestro instituto sin límites ni de grado ni de que se trate de descendientes matrimoniales, no matrimoniales, o adoptivos. Así se deduce del citado precepto complementado con los artículos 932, 933 y 934 Cc, en virtud de los cuales, los hijos del difunto heredan por derecho propio y los nietos y demás descendientes por derecho de representación dividiéndose la herencia, en este último caso por estirpes, a fin de

---

<sup>458</sup> Art. 925 Cc, “El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente. En la línea colateral sólo tendrá lugar en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado”.

<sup>459</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, 2493 y ss.



evitar, como se verá más adelante, resultados perjudiciales. De este modo, concurriendo hijos y nietos del primer causante, los primeros reciben su parte entera y los segundos dividen la parte que habría correspondido a su padre, en caso contrario, los hijos del causante verían reducidos sus derechos. Si sólo quedaran nietos del *de cuius*, por haber premuerto todos sus hijos, la herencia no se distribuye por partes iguales sino que seguiría operando la representación de tal manera que lo correspondiente a cada hijo se dividirá entre sus propios hijos representantes. Al respecto VELA SÁNCHEZ, considera que, estando compuestas las distintas stirpes por un número distinto de personas, habría sido más justo que la ley permitiera la división por cabezas, lo cual, desde un punto de vista económico favorecería a las familias numerosas, “interés prevalente al que atiende el legislador actual”.<sup>460</sup>

b. El ascendiente del causante no va a poder ser representado, ya que el derecho de representación no opera jamás en la línea recta ascendente. Por lo tanto, el abuelo del causante no puede representar a su hijo en la sucesión del nieto subentrando en su puesto.

c. Por lo que respecta a los parientes en línea colateral, su situación difiere de la vista para los descendientes en línea recta, ya que su aplicación es más restrictiva, pues la condición de representado se encuentra limitada a los hermanos del *de cuius* y la de representante sólo a los sobrinos *ex fratre*, es decir, no es de aplicación a los sobrinos nietos. Así pues, entre ellos el derecho de representación sólo tendrá lugar a favor de hijos de hermanos, ya sean de doble vínculo o de uno solo.<sup>461</sup>

---

<sup>460</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2494.

<sup>461</sup> A diferencia de lo que ocurre en la representación sucesoria en línea recta, cuando ésta tiene lugar en la línea colateral la palabra “*hijos*” se usa en sentido propio, de tal suerte que el hijo del hermano representa al hermano, pero el nieto del hermano ya no disfruta del derecho de representación. En este sentido nuestro Código se aparta del Código civil francés que admite el derecho de representación en la línea colateral a favor de los hijos y demás descendientes de los hermanos difuntos, según determina literalmente el artículo 752.2, en virtud del cual: “*En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt, soit qu’ils viennent à sa succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants degrés égaux ou inégaux*”.

Muestra también de su carácter restrictivo se observa en el artículo 927 Cc, que establece que “*Quedando hijos de uno o más hermanos del difunto, heredarán a éste por representación si concurren con sus tíos. Pero, si concurren solos, heredarán por partes iguales*”<sup>462</sup>. Así pues, requisito esencial para que opere la representación sucesoria en la línea colateral es que los hijos de hermanos concurren a la herencia del difunto con sus tíos; de lo contrario, no habrá representación.<sup>463</sup> Esta cuestión resulta reforzada por el artículo 948 Cc en cuanto dispone que: “*Si concurrieren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos de doble vínculo, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes*”.

Si bien el artículo 927 Cc no ofrece dificultad interpretativa alguna, no obstante, tanto la solución y su fundamento han sido objeto de discusión doctrinal. Al respecto, se ha venido diciendo que cuando concurren a la herencia del causante sobrinos y tíos, la representación evita el perjuicio que a estos últimos le produciría el que los primeros heredasen por cabezas, mientras que, si concurren a la herencia sólo sobrinos desaparecería el derecho de representación porque tal perjuicio no existiría.<sup>464</sup> Por el contrario, hay quien opina que si se admite el derecho de representación en la línea colateral “se debe admitir de acuerdo con su naturaleza y fines característicos” de tal suerte que independientemente de que los descendientes se perjudiquen o no, “debe heredarse siempre por estirpes”.<sup>465</sup>

Sin embargo, en coincidencia con VATTIER FUENZALIDA,<sup>466</sup> creemos acertada la solución legal expuesta por CLEMENTE DE DIEGO, ya que la tesis contraria olvida el fundamento técnico del derecho de representación, a saber, mantener

---

<sup>462</sup> A juicio de A. DE LA OLIVA DE CASTRO (*Diccionario de Derecho Privado*, t. II, dir. Ignacio de Casso y, Romero Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, reimpresión de 1ª ed., Barcelona, Labor, 1954, pág. 1496) el artículo 927 “no está justificado y obedece al error de entender que no hay representación hereditaria sin sucesión por estirpes”.

<sup>463</sup> Vid., A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, págs. 2496 y 2497.

<sup>464</sup> Vid., F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 303.

<sup>465</sup> F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. V-1, Madrid 1954, pág. 551.

<sup>466</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 268.

el equilibrio de los intereses de los representantes y los coherederos del representado. En efecto, concurriendo a la sucesión del causante tíos y sobrinos, la representación evita el perjuicio de los primeros, sin embargo, en defecto de tíos, ha de presumirse que todos los sobrinos merecen igual tratamiento con respecto al causante y deben, por lo tanto, heredar por partes iguales.<sup>467</sup>

Al respecto, VATTIER FUENZALIDA entiende que si bien es probable que puede llegar a suscitarse la constitucionalidad de la solución propuesta por parecer que discrimina a los sobrinos que concurren a la herencia con sus tíos respecto de los que suceden solos, “la diferencia de régimen se justifica no sólo porque se trata de supuestos distintos, sino porque la exclusión de la representación, en el caso de que los sobrinos sucedan solos, responde a la necesidad de evitar el perjuicio de los tíos, y sus descendientes, igualmente dignos de protección que los sobrinos que suceden *iure representationis* al causante”.<sup>468</sup>

La cuestión se complica, sin embargo, cuando el derecho de representación haya de aplicarse sobre supuestos de concurrencia de hermanos de doble vínculo con otros que lo son de vínculo sencillo o con sobrinos de una u otra condición. En efecto, en la sucesión de parientes en línea colateral puede producirse la concurrencia de hermanos de doble vínculo, es decir, de padre y madre, con medio hermanos o hermanos de vínculo sencillo. En este caso, en virtud del artículo 949 Cc “*aquéllos tomarán doble porción que éstos en la herencia*”. Imaginemos pues las distintas hipótesis que se pueden presentar y sus correspondientes soluciones.

a) Concurrencia de uno o varios hermanos de doble vínculo del causante con hijos de hermanos que se encuentran en la misma situación. En este caso, previsto en el artículo 948 Cc, “*los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes*”. Es decir, los hermanos heredarán por cabezas y los sobrinos por derecho de representación,

---

<sup>467</sup> En este sentido se manifiesta J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3, 2ª ed., Barcelona, 1976, págs. 386 y 387.

<sup>468</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 268 y 269.

tal como prevé la primera parte del artículo 927 Cc que se encuentra dentro de la sección relativa al derecho de representación.

b) Si concurrieran a la herencia hermanos de doble vínculo del causante con hijos de medio hermanos, si bien los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes, resulta lógico sin embargo que, de acuerdo con el artículo 949 Cc, como al hermano premuerto, al ser de vínculo sencillo, tan sólo le habría correspondido la mitad de la porción correspondiente al hermano de doble vínculo, los sobrinos sólo participarán en esta cuota.

c) Asimismo, si nos planteamos el supuesto contrario al anterior, es decir, concurrencia de hermanos de vínculo sencillo del causante con hijos de hermanos de doble vínculo, en este caso, teniendo en cuenta que el representado si viviera habría recibido una porción doble que la de los medio hermanos, y teniendo en cuenta que por derecho de representación deben percibir lo que correspondería a su hermano si viviese, entonces, y al contrario de lo que ocurría en el supuesto anterior, pero por las mismas razones, la porción a distribuir entre estos sobrinos será doble.

d) Concurrencia de sobrinos sólo, todos hijos de hermanos de doble vínculo. Este supuesto es indiferente en cuanto el derecho de representación no tendrá lugar por faltar un requisito esencial para el mismo. En virtud del artículo 927 Cc *in fine*, en este supuesto, la herencia se distribuye por partes iguales entre todos. Por lo tanto, independientemente del número de hijos existentes de cada hermano premuerto, la herencia se dividirá entre todos ellos sin atender al criterio de las estirpes, ya que se considera que, estando todos los sobrinos en igual grado de parentesco con respecto al causante, no debe operar el derecho de representación. Esta solución habrá de imperar también cuando quienes concurren a la herencia son sobrinos del causante, todos ellos hijos de medio hermanos del mismo. En efecto, según lo establecido en el artículo 950 Cc,<sup>469</sup> no habrá razón alguna para distinguir los bienes por razón de su origen. Además,

---

<sup>469</sup> Art. 950 Cc: “En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, heredarán todos por partes iguales, sin ninguna distinción de bienes”.

según el artículo 927 Cc, al no existir derecho de representación y encontrándose todos en el mismo grado de parentesco, la herencia se distribuirá entre todos por partes iguales.

e) Por último, si concurrieran sólo sobrinos, unos hijos de hermanos del causante de doble vínculo y otros hijos de medio hermanos, la solución ofrece más dificultades, ya que la aplicación del artículo 927 Cc nos llevaría a la solución manifestada en el supuesto anterior, de tal manera que tanto los sobrinos, hijos de medio hermanos del causante, como aquéllos que lo son de doble vínculo heredarían por partes iguales. Sin embargo, manifiesta VELA SÁNCHEZ que, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 947, 949 y 950 Cc, debe concluirse que a los hijos de hermanos de doble vínculo corresponde repartirse por partes iguales la doble porción que pertenecería a sus padres. Si concurren sólo sobrinos, hijos de medio hermanos, entonces sí que se dividiría la herencia por partes iguales.<sup>470</sup> En la misma línea, GUILARTE ZAPATERO, se inclina por entender preferible mantener el criterio establecido por el artículo 949 Cc, de tal suerte que los sobrinos de doble vínculo, es decir, los hijos de hermanos de padre y madre, tomarían el doble de la porción que le correspondería a los hijos de medio hermanos. En efecto, como bien establece este autor, a pesar de que la interpretación literal del artículo 927 Cc puede conducir a pensar que la herencia ha de ser dividida en partes iguales, sin embargo la consideración conjunta de los artículos 921 Cc, 947 Cc y en especial el artículo 950 Cc, en cuanto éste limita la distribución por partes iguales exclusivamente al caso de que concurren sobrinos, todos ellos hijos de medio hermanos, nos debe llevar a la solución contraria.<sup>471</sup>

---

<sup>470</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2499. La cuestión quedaría del siguiente modo, “A y B son padres de C y D –que tiene dos hijos, D1 y D2-. E y F (que tienen cada uno dos hijos, E1 y E2, F1 y F2), sólo son hijos de A (son engendrados con otro padre distinto de B) por lo que son medio hermanos de C y D. Al morir C (dejando 12) sin descendientes ni ascendientes, ya habían muerto D, E y F. Como los hermanos de doble vínculo toman doble porción que los medio hermanos, D1 y D2, en representación de su padre D (hermano de doble vínculo de C) reciben 6, que repartirán por mitad, E1 y E2, en representación de su padre E, hermano de vínculo sencillo de C, reciben 3 que dividirán por mitad, e igual F1 y F2, en representación de su padre F, hermano de vínculo sencillo de C, reciben 3 que también repartirán por mitad. En cambio, si C sólo tuviera hermanos de vínculo sencillo, D, E y F, entonces, todos los hijos de estos hermanos, sobrinos de vínculo sencillo de C, heredarían por cabezas, de modo que al ser seis –D1, D2, E1, E2, F1, F2- recibirían 2 cada uno.”

<sup>471</sup> *Cfr. op. cit.*, pág. 278. Este mismo criterio es defendido por J. M<sup>a</sup>. MANRESA Y NAVARRO., *Comentarios... cit.*, 1914, pág. 149. También en esta línea doctrinal se encuentra Q. MUCIUS

Esta solución parece la correcta si entendemos, como bien establece MANRESA, que el artículo 927 se limita a excluir el derecho de representación en el caso de que los primos concurren solos a la herencia por lo que no puede darse más alcance a la frase “*heredarán por partes iguales*”.<sup>472</sup> No obstante, ha sido objeto de cierta crítica toda vez que se ha afirmado que aplicar por analogía la regla establecida por el artículo 949 Cc es dudoso, ya que no casa bien con el principio fundamental de igualdad impuesto en el marco constitucional. Por lo tanto, “la regla del artículo 949 ha de ser interpretada literal y estrictamente y referirla de forma exclusiva al concurso de hermanos de vínculo doble y sencillo, pero no se debe extender a los sobrinos, cualquiera que sea el modo en que éstos sean llamados a la sucesión”.<sup>473</sup>

Además de los requisitos de parentesco, los representantes deben de reunir, frente al causante, todos los requisitos de capacidad, es decir, el que sucede ha de existir y ser digno al momento de apertura de la sucesión. No es preciso que tenga tales requisitos con relación al representado, ya que como se ha dicho en ocasiones anteriores, el representado sucede directamente al *de cuius*.

## V. EFECTOS DE LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA

### 1. Consideraciones generales

Si bien la distribución de la herencia por estirpes es considerada el efecto más propio de la representación sucesoria, existen otros muchos efectos, enunciados de un

---

SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 503, quien establece que con base a la interpretación conjunta de los artículos 927, 949 y 951 se llega a esta solución a pesar de la inexistencia en nuestro texto legal de una norma equivalente al artículo 760 del Proyecto de 1851, en virtud del cual el efecto del doble vínculo “*será dar en la herencia porción doble de la que tiene el pariente de un solo lado*” “*este derecho sólo tiene lugar en la línea colateral y entre los hermanos, sus hijos y descendientes*”.

<sup>472</sup> J. M<sup>a</sup>. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios... cit.*, 1914, pág. 149

<sup>473</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 270.

modo más o menos explícito en determinados preceptos del Código civil, a extramuros de la sección donde se regula aquella de modo específico.

El primer efecto que, desde una perspectiva general, tiene lugar cuando entra en juego el derecho de representación es la atribución de un derecho sucesorio a quien, en principio, por virtud de la regla de proximidad de grado que impera en la sucesión intestada, no le correspondería.<sup>474</sup> Mediante la representación sucesoria se impiden o al menos se limitan las consecuencias del principio general de exclusión del heredero de grado más remoto por el de grado más próximo, recogido en el artículo 921.1º Cc: *“En las herencias el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo el derecho de representación en los casos en que deba tener lugar”*.<sup>475</sup>

Por lo tanto, según precisa el artículo 924 Cc los representantes adquieren directamente del causante todos los derechos y obligaciones que corresponderían al representado si viviera o hubiera podido heredar. En efecto, los que entran a suceder por derecho de representación no pueden adquirir más de lo que le correspondería al que premurió al causante o no heredó por resultar incapaz (art. 926 Cc). Asimismo, el llamado a la herencia por derecho de representación ha de responder de las mismas obligaciones que hubieran sido imputables al representado. En este sentido se manifiesta el artículo 1038 Cc en materia de colación, si bien se entrará en el fondo del asunto más tarde.

El artículo 921 Cc establece la salvedad a la regla predeterminada por él, de que el pariente de grado más próximo al causante excluye al más remoto. El precepto estipula, en su inciso final, que dicha regla no será aplicable en los supuestos en que tenga lugar el derecho de representación. Ello conduce a concluir que la representación sucesoria constituye una excepción al principio sancionado. Sin embargo, se ha

---

<sup>474</sup> Así, afirma R. DE RUGGIERO (*op. cit.*, pág. 1080) que la eficacia práctica de la representación sucesoria consiste en el hecho de admitir a la herencia determinadas personas (hijos o descendientes), que quedarían excluidas de la sucesión por un pariente más próximo, para que no recaiga sobre ellas la culpa (indignidad) o la desgracia (premorienencia, ausencia) de su autor.

<sup>475</sup> Cfr. V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 198.

afirmado por algún autor que realmente nuestro instituto confirma el citado principio. Así, siendo llamados a la herencia del causante sus hijos y premuriendo uno de ellos dejando a su vez hijos, nietos del causante, éstos en virtud del derecho de representación, no son excluidos por sus tíos, sino que son llamados por la ley a participar de la herencia en la porción que correspondería a su padre. En este sentido, y en atención al grado de parentesco, se observa una excepción a la regla del artículo 921 Cc Sin embargo, si se considera que los de grado más remoto no son llamados en atención a su parentesco con el causante, sino que concurren a la herencia por ocupar el mismo grado de parentesco que el representado, entonces, ha de concluirse que ello es consecuencia precisamente de la igualdad de grado. La diferencia radica en que unos heredan por derecho propio y otros por derecho de representación.<sup>476</sup>

Asimismo, debido a este efecto de carácter general en virtud del cual determinados parientes de grado más remoto son tratados como si fueran familiares más próximos en grado, se produce, por la propia incompatibilidad con la representación sucesoria, la exclusión del derecho de acrecer, como se desprende del artículo 922 Cc, según el cual *“Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”*.

En nuestro Derecho, no heredando uno de los llamados a la herencia, rige el principio de que la parte del que no heredó acrecerá a los de igual grado, sin embargo, por el derecho de representación aquel de grado más remoto viene a ocupar el puesto que quedó vacante impidiendo que la cuota de éste acrezca a la parte correspondiente a los demás herederos.<sup>477</sup>

---

<sup>476</sup> Cfr. V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 101, 102; C. VATTIER FUENZALIDA, *Comentarios cit.*, pág. 2226

<sup>477</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 199 y 200; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 198.



Asimismo, como bien apunta GUILARTE ZAPATERO, son efectos de la representación sucesoria el “impedir que tengan lugar las consecuencias perniciosas de la desheredación y de la indignidad para la stirpe inocente o, en su caso, la preterición, y facilitar el acceso de aquélla a los bienes reservables cuando existan éstos en determinada sucesión”.<sup>478</sup>

Lo dicho hasta el momento es para el supuesto de que concurran a la herencia del causante parientes de distinto grado. Sin embargo, una cuestión que reviste gran importancia es si el derecho de representación opera entre parientes de igual grado. Al respecto, el Código civil parece darnos una respuesta afirmativa. Ello se deduce de lo estipulado en su artículo 933, por cuanto el mismo establece que: “*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, (...)*”. Relacionando este precepto con el anterior, que relativo a los hijos del difunto estipula que le “*heredarán siempre por su derecho propio*”, el legislador ha omitido en la norma a comentar el adverbio siempre, lo que puede llevarnos a una solución contraria, es decir, a afirmar que en el primer caso no opera siempre el derecho de representación. Esta solución nos parece más justa si tenemos en cuenta que la regla establecida para el supuesto de que concurran sólo sobrinos del causante es que éstos “*heredarán por partes iguales*” (art. 927 *in fine*). Ambos preceptos, contradictorios en cuanto a la solución otorgada, suponen una discriminación en la línea descendente con respecto a la línea colateral. Pese a todo, la tesis que parece prosperar en nuestra doctrina es la primera.

Con todo, la norma parece además contradictoria si analizamos lo establecido en el mencionado artículo 923 Cc, el cual sanciona de modo expreso un supuesto en el que los nietos suceden a su abuelo por derecho propio y no vía representación sucesoria.<sup>479</sup> En virtud del mismo, si todos los hijos del causante renunciaran a la herencia, los nietos, hijos de éstos, son llamados a la herencia de su abuelo sin representar al padre renunciante. Consecuentemente, la herencia no se dividirá por stirpes, sino por

---

<sup>478</sup> Cfr. Comentarios Edersa, cit., págs. 199 y 200.

<sup>479</sup> Art. 923 Cc: “*Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los de grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante*”.

cabezas, o lo que es lo mismo, por partes iguales entre los nietos que la acepten, con independencia del número de personas que integren cada estirpe. La inclusión del artículo, sin precedentes legales, en el Código podría encontrar su fundamento en el intento de sancionar por parte del legislador la no procedencia del derecho de representación en caso de renuncia, sin embargo, ello no sería necesario, ya que no cabría otra solución teniendo en cuenta los principios establecidos en los artículos 921 y 922 Cc. Además, el hecho de que sea uno o varios los que renuncian a la herencia no otorga un tratamiento distinto respecto a la existencia del derecho de representación.<sup>480</sup>

Dicho esto, la cuestión de la concurrencia de nietos solos a la herencia de su abuelo resulta discutible. GUILARTE ZAPATERO no encuentra razón suficiente que altere el criterio seguido por la norma respecto al derecho de representación. Efectivamente si se dispone la división de la herencia por estirpes en caso de concurrencia exclusiva de los nietos, justificándolo en la necesidad de mantener el equilibrio entre ellas, por presumir ser ésta la voluntad del causante, luego “no existe razón suficiente para alterar tal criterio en el caso cuestionado”.<sup>481</sup>

Nos inclinamos, con el citado autor por entender que sólo en el supuesto del artículo 923, es decir, sólo en el supuesto de renuncia de todos los hijos del causante, la división de la herencia tendrá lugar por cabezas entre sus nietos. Fuera de este supuesto, ante la concurrencia exclusiva de nietos del causante operará el derecho de representación y consecuentemente el caudal se dividirá por estirpes.<sup>482</sup> Pese a todo, entendiendo ser ésta la solución más adecuada, ello no obsta para que nos parezca algo redundante la inclusión del artículo 923 Cc, el cual ha llevado a cierta confusión y discrepancias por su posible contradicción con el artículo 933 del mismo texto legal. Coincidimos además con VELA SÁNCHEZ, quien, como ya manifestamos antes, entiende que ante la concurrencia de nietos sólo del causante por haber premuerto todos

---

<sup>480</sup> Así, V. GUILARTE ZAPATERO, (*op. cit.* pág. 123) llega a manifestar que “(...) la alusión en el precepto a que los parientes del grado siguiente heredan por derecho propio y sin que puedan representar al repudiante es una redundancia innecesaria”

<sup>481</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 218

<sup>482</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 219.

sus hijos, habría sido más justo que la ley permitiera la división por cabezas.<sup>483</sup> Verdaderamente esta solución parece que sería más coherente con la mecánica de la intestada. Es por ello, que tal y como manifestamos con anterioridad, se aplica sólo al supuesto de premuerte.<sup>484</sup>

Cabe advertir por último que el derecho de representación no deja de surtir sus efectos por el hecho de renunciar a la herencia de la persona a la que se va a representar. Así lo establece el artículo 928 Cc, en virtud del cual: *“No se pierde el derecho a representar a una persona por haber renunciado a su herencia”*. De la lectura del precepto se desprende que el representante a quien viene a heredar es al causante y no al representado, cuyo papel es meramente instrumental. Consecuentemente, a pesar del silencio de nuestro Código al respecto<sup>485</sup>, la cuestión debe extenderse a los supuestos en los que el representante no haya podido suceder al representado por desheredación o incapacidad, salvo claro está que dichas causas lo sean también de exclusión de la herencia del primer causante. La solución ha de ser la misma, ya que se trata de dos herencias distintas y consecuentemente, las cuestiones de capacidad que afecten a una no se deben proyectar sobre la otra.<sup>486</sup>

## 2. Sustitución jurídica del representado por el representante

Técnicamente hablando, la sustitución del representado por el representante constituye el efecto esencial del derecho de representación.

A través del derecho de representación el representante asume plenamente la posición jurídica que correspondería al representado en la herencia del *de cuius* si no

---

<sup>483</sup> A. J. VELA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 2494

<sup>484</sup> *Vid. supra*, sobre mi coincidencia con la tesis de M. ESPEJO LERDO DE TEJADA al respecto de los supuestos de indignidad y desheredación (pág. 182).

<sup>485</sup> El Código italiano sí lo prevé expresamente en el artículo 468.2º, en virtud del cual: *“(…) I discendenti possono succedere per rappresentazione anche se hanno rinunciato all’eredità della persona in luogo della quale subentrano, o sono incapaci o indegni di succedere rispetto a questa”*.

<sup>486</sup> En este sentido V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 161.

hubiera faltado a la misma. De este modo, “aparte de la exacta correspondencia entre las porciones cuantitativas de bienes relictos que a uno y otro pertenecerían, dicho representante habrá de responder de análoga forma de todo lo que en la herencia del causante hubiera respondido el representado y que no tenga carácter estrictamente personal”.<sup>487</sup>

Por tanto, se puede afirmar que el derecho de representación produce como efecto capital la atribución de un derecho sucesorio. Dicha atribución, resultado directo de este instituto, es la razón por la cual se dice que “el efecto total de la representación es subrogarse una persona en el puesto sucesorio de otra, no recibiendo más que el subrogado”.<sup>488</sup>

En efecto, el hecho de asumir, el representante la posición jurídica que habría correspondido al representado conlleva que aquél ha de responder de forma análoga de todo lo que le hubiera correspondido a éste en la herencia del causante y que evidentemente carezca de carácter estrictamente personal. Es decir, los representantes adquieren no sólo la totalidad de los derechos que hubieran correspondido al representado sino también todas las obligaciones que le habrían correspondido si viviera o hubiera podido heredar.

Prueba de ello es que el representante asume la obligación de colacionar todas las liberalidades que fueran imputables al representado. Así lo establece el artículo 1038.1 Cc, a tenor del cual, “*Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado*”. Se puede afirmar pues

---

<sup>487</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 197.

<sup>488</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 193.

que la norma constituye una excepción al principio de que el heredero sólo ha de colacionar lo que hubiera recibido del causante.<sup>489</sup>

Esta obligación, limitada a la línea recta descendente, opera con independencia de que el representante hubiera recibido o no el bien sujeto a colación, ya que lo que se pretende no es el posible aprovechamiento por parte del representante de la liberalidad, sino mantener en la medida de lo posible el trato igualitario entre los herederos forzosos del causante aún en el supuesto de que uno de ellos, el favorecido por la donación, hubiera fallecido y su posición sucesoria fuera ocupada por terceros.<sup>490</sup>

El precepto plantea no obstante otras cuestiones dignas de mención. Así por ejemplo, dicha obligación de colacionar opera si nos encontramos ante el clásico supuesto de representación, en la sucesión intestada, por premoriencia. No obstante, cabe plantearse qué ocurriría si los nietos del causante le suceden por renuncia de todos sus hijos. Como ya se concluyó con anterioridad, por aplicación del artículo 923 Cc, en este supuesto no operaría el derecho de representación, de tal suerte que los nietos, familiares más próximos en línea recta al causante, le sucederían por derecho propio y no sería de aplicación esta obligación de colacionar.<sup>491</sup> Al respecto, GARCÍA-RIPOLL concluye que los nietos que heredan no tendrían que colacionar ni lo donado a su padre, ni lo donado a ellos mismos, “porque en tal caso no tienen la condición de legitimarios”.<sup>492</sup> Discrepamos sin embargo con el autor en el segundo punto de su afirmación. En efecto, si bien entendemos que los nietos no deben colacionar lo donado por el abuelo a sus padres, ya que como afirmamos en el párrafo anterior, esto constituye una excepción que opera en el supuesto de sucesión por representación, y aquí se hereda por derecho propio. Sin embargo, discrepamos en la ausencia de la condición de legitimarios de los nietos. El artículo 807.1º dispone que “*Son herederos*

---

<sup>489</sup> M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 156. Al respecto afirma F. GARCÍA GOYENA, (*op. cit.*, pág. 442 que “sería inícuo que los tíos colacionasen a favor de los nietos del difunto y éstos no lo hicieran a favor de aquéllos”).

<sup>490</sup> J. SARMIENTO RAMOS, *Comentario... cit.*, pág. 2448.

<sup>491</sup> J. SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2448.

<sup>492</sup> M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 157

*forzosos: 1º los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes*”, por lo que los nietos son verdaderos legitimarios, por tanto, si acceden a la herencia de su abuelo por derecho propio, sí tendrán que colacionar lo que aquél les hubiera dado en vida, no estando exentos de la colación en este punto en concreto.

Pese a que el precepto está pensando en el supuesto de premoriencia, también los hijos del hijo desheredado o incapaz, que suceden a su abuelo por representación deberán colacionar lo dejado por éste a su padre cuando él mismo hubiera debido colacionarlas. Ello resulta del artículo 819.1 Cc por cuanto obliga a imputar las donaciones hechas a los hijos en su legítima.<sup>493</sup>

El precepto no dice nada cuando el nieto suceda a su abuelo por haber sido llamado directamente en virtud de una sustitución vulgar para el caso de que el padre no quiera o no pueda heredar. SARMIENTOS RAMOS manifiesta al respecto que, también en este caso, el nieto tendrá la obligación de colacionar en los términos previstos para el supuesto de representación, ya que el artículo 780 Cc establece que: *“El sustituto quedará sujeto a las mismas cargas y condiciones impuestas al instituido, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario, o que los gravámenes o condiciones sean meramente personales del instituido”*.<sup>494</sup>

Por otra parte, el precepto no dice nada sobre lo que se debe hacer si la donación hecha al hijo excede de la cuota del nieto. Ante la posibilidad de que el nieto, que hereda a su abuelo por representación tenga que restituir de su propio patrimonio el exceso, la solución resulta discutible. Al respecto se ha considerado que no pesa sobre el nieto la obligación de restitución pues “el deseo de igualación inherente a la colación no

---

<sup>493</sup> J. SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2448.

<sup>494</sup> *Op. cit.*, pág. 2448. En contra M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 164.

puede imponerse a costa de cualquiera sino a cargo exclusivamente del favorecido por la liberalidad colacionable”.<sup>495</sup>

El párrafo segundo del artículo 1038 Cc dispone que: “*También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos*”. Por lo tanto, el nieto tendrá además que colacionar lo que él mismo hubiera recibido del causante.

La norma ha sido criticada y calificada de injusta porque según el artículo 1039 Cc “*Los padres no estarán obligados a colacionar en la herencia de sus ascendientes lo donado por éstos a sus hijos*”. Además, apunta GARCÍA-RIPOLL que la solución será especialmente injusta si hay herederos por derecho propio y herederos por representación, ya que los hijos que suceden por derecho propio no colacionan lo donado a sus propios hijos y los nietos que heredan por representación sí.<sup>496</sup>

Respecto al fundamento de la colación el citado autor manifiesta que si la colación se basara en la presunta voluntad del causante, carecería de sentido que el nieto tuviera que colacionar lo que el abuelo le dio en vida de su padre, pues lo más probable es que el donante no pensara en ese momento que dicha donación fuera un anticipo de la herencia. Consecuentemente entiende que la norma sólo se puede entender partiendo de la idea de que la colación se estableció para favorecer la desvinculación y el reparto de las fortunas.<sup>497</sup> Al respecto entiende la mayoría de la doctrina que si la donación se

---

<sup>495</sup> J. SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2449. Sin embargo, M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (*op. cit.*, pág. 164) califica esta razón de poco convincente pues si se acepta como regla general la aportación del exceso no ve razón para no admitirla en este caso.

<sup>496</sup> M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 165. *Ídem* D. ESPÍN CÁNOVAS, Manual de Derecho civil español, V, 5ª ed., Madrid, Edersa, 1978, pág. 169, nota 1.

<sup>497</sup> M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 166.

hace cuando el nieto no era previsible legitimario del causante, entonces no se tiene que colacionar.<sup>498</sup>

En este supuesto, los efectos de la colación han de verse desde un doble ángulo. Por un lado, en relación entre la stirpe de nietos y sus tíos “aquella tomará de menos tanto cuanto importe la donación aislada a uno de los nietos, pero si ésta excede de la parte total que a la stirpe corresponde, sólo el donatario deberá responder del exceso (...). En las relaciones internas entre los nietos de la misma stirpe, la distribución de la participación hereditaria que efectivamente les corresponde (esto es, después de operada la colación), no ha de ser igualatoria, sino tomando de menos por causa de esa donación aislada a un nieto se ha de imputar en la parte que a él le correspondiere...”.<sup>499</sup>

Una cuestión de suma importancia en materia de colación es la planteada por la profesora TORRES GARCÍA en los siguientes términos. Un hijo discapacitado, cuyas necesidades requieren gastos de cierta entidad y por tanto se encuentra exento de colación con otros herederos forzosos (por ejemplo hermanos),<sup>500</sup> premuere a su padre heredando por tanto el nieto a su abuelo por derecho de representación. ¿Se extenderá en este caso la no colación al nieto? Ha de entenderse que el llamado, por derecho de representación, no es discapacitado ni el ascendiente ha realizado en él gastos para cubrir necesidades especiales. Sin embargo, entiende la autora, a nuestro juicio con razón, que debe primar en este supuesto la no colación pues el representante ocupa en la herencia del abuelo la posición de su padre. Por lo tanto, si aquél no estaba obligado a colacionar lo gastado por el causante para cubrir sus necesidades la misma posición debe ocupar el nieto que sucede a su abuelo por premuerte de quien debería haber sido

---

<sup>498</sup> Vid. entre otros, J. I. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones...*, cit., 1961, pág. 575; C. MUÑOZ GARCÍA, *La colación como operación previa a la partición*, Pamplona, 1998, pág. 146. En contra M. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *op. cit.*, pág. 166.

<sup>499</sup> J. SARMIENTO RAMOS, *op. cit.*, pág. 2450.

<sup>500</sup> Art. 1041.2º Cc: “*Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*”.



su sucesor.<sup>501</sup> El artículo 1038 es claro al respecto, según él los nietos que concurren a la herencia del abuelo por representación sucesoria, tienen obligación de colacionar lo que debería colacionar el padre si viviera, por tanto, si su padre, fruto de su discapacidad se encuentra exento de colacionar, es decir, si nada tiene que colacionar, no puede pesar ninguna obligación sobre el nieto.

### 3. División de la herencia por estirpes

Un efecto fundamental del derecho de representación es que su aplicación provoca un modo especial de división de la herencia. En efecto, la herencia ha de dividirse por estirpes, de tal suerte que, al contrario de lo que sucede en la división por cabezas, cuando la partición tiene lugar por estirpes, la unidad a tener en cuenta para formar el cociente particional no es el número de herederos que concurren a la herencia, sino la estirpe, es decir, el ramo de parientes formado por determinados familiares del causante y sus descendientes. Así pues, cada estirpe, compuesta por los descendientes inmediatos de un autor común, figurará en la división como si fuera una persona, una sola parte en la sucesión.

En este sentido artículo 926 Cc establece que *“Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes, de modo que el representante o representantes no hereden más de lo que heredaría el representado si viviera”*. Visto el precepto, se ha llegado a confundir nuestro instituto con uno de sus efectos, de modo que si no procede la división por estirpes, es porque no hay derecho de representación. Sin embargo, es preciso hacer ciertas aclaraciones al respecto.

Habitualmente, la representación es llamada a operar en los supuestos en que concurra una pluralidad de herederos de distinto grado de parentesco en relación con el causante, de modo que, a fin de mantener un equilibrio en las participaciones, se establece la división por estirpes. Consecuentemente, los representantes ocupan el lugar

---

<sup>501</sup> T. F. TORRES GARCÍA, “La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados”, en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Santiago de Compostela, E.G.A.P., 2005, pág. 366.

y grado sucesorio del representado de un modo conjunto y unitario, ya que si lo hicieran de forma individualizada ello conducirá a una solución contraria a la idea fundamental del derecho de representación. Ello es lógico, pues si bien, así como la premoriencia del representado no debe ocasionar perjuicio alguno a sus descendientes, privándoles de las ventajas que hubieran derivado de la sucesión de aquél en la herencia del padre o del hermano, del mismo modo, dicha premoriencia no ha de otorgarles mayores beneficios en detrimento del interés de los herederos de mejor grado.

No obstante, la cuestión resulta más compleja cuando, existiendo varios llamados a la herencia, se encuentran en el mismo grado de parentesco en relación con el causante, o bien en el supuesto de stirpe única, pues en ambos casos parece que no entra en funcionamiento la representación sucesoria o, que la división de la herencia por stirpes resulta innecesaria.<sup>502</sup>

En este sentido han surgido distintas corrientes doctrinales que giran en torno a si la división de la herencia por stirpes es un efecto esencial del derecho de representación o, si por el contrario, éste puede existir sin que tenga lugar la distribución por stirpes. Haremos una referencia a estas corrientes.

#### *A) Llamamiento a varios herederos del mismo grado*

La regla, prevista en el artículo 933 Cc es que, incluso concurriendo a la herencia parientes que ostenten el mismo grado de parentesco con respecto al causante, siendo éstos nietos o demás descendientes suceden por stirpes como consecuencia del

---

<sup>502</sup> En este sentido por ejemplo L. MARTÍNEZ CALCERRADA (*op. cit.*, págs. 194 y ss.) entiende que si bien cuando en una delación sucesoria media la representación la herencia se divide generalmente por stirpes, este modo de dividir la herencia no es inherente a la representación. En efecto, la sucesión por stirpes tiene lugar “sólo cuando mediante ella se obtenga esa justicia distributiva igualitaria, percibiendo cada heredero lo que le pertenezca, de tal suerte que los que acudan representativamente no tomen más de lo que heredaría su representado (...)”. En el mismo sentido se manifiesta V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 203. En contra, C. VATTIER FUENZALIDA (*Comentarios..., cit.*, pág. 2232) manifiesta que la división por stirpes “es el verdadero concepto y único alcance del derecho de representación”.

derecho de representación.<sup>503</sup> Este precepto comprende dos supuestos: concurrencia a la herencia del causante de parientes de segundo grado, es decir, nietos, y llamamiento conjunto a parientes de distinto grado, es decir, nietos que concurren con descendientes de alguno de estos.

Centrándonos en el primer caso, se desprende del precepto que, a pesar de que concurren a la herencia parientes que ostentan el mismo grado de parentesco con relación al causante, la división de la misma se realizará, en virtud del derecho de representación, por estirpes.

Al respecto, la doctrina entiende unánimemente que la razón radica, como ya se aludió anteriormente, en que el derecho de representación se utiliza en este supuesto, no para asegurar que la herencia llegue a determinados parientes, sino para mantener el equilibrio entre las distintas ramas, de tal suerte que a través de la representación sucesoria se asegura que los distintos representantes dispondrán para dividir entre sí la cuota que habría correspondido a su representado si hubiera llegado a suceder.<sup>504</sup>

Sin embargo, lo dicho no debe llevarnos a pensar que siempre y en todo caso los nietos heredan por representación, pues a diferencia del artículo 932, en virtud del cual *“Los hijos del difunto le heredarán siempre por su derecho propio (...)”* en el supuesto que tratamos el legislador ha suprimido el adverbio *siempre* dejando abierta la posibilidad de que puedan existir supuestos en los que los nietos no sean llamados a la herencia del causante por derecho de representación. Ciertamente, existe un supuesto en el que el Código establece expresamente que los nietos hereden por derecho propio y no en virtud del mecanismo del derecho de representación. Este supuesto, contemplado en el artículo 923 del Código civil parece en principio un tanto contradictorio, pues el artículo 923 Cc dispone que *“Repudiando la herencia el pariente más próximo, si es*

---

<sup>503</sup> Art. 933 Cc: *“Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponde se dividirá entre ellos por partes iguales”*.

<sup>504</sup> Si bien esta solución puede ser más o menos acertada, resulta clara y no admite discusión. Así lo establece en general la doctrina, en este sentido se manifiestan entre otros, V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 217; J. L DE LOS MOZOS, *Comentarios Ministerio cit.*, pág. 2239

*sólo o, si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su derecho propio y sin que puedan representar al repudiante*". Por lo tanto, en virtud del artículo transcrito, si todos los hijos del causante renuncian a la herencia, sus respectivos hijos, nietos del causante, son llamados a la herencia sin representar a éstos. Consecuentemente, en el presente supuesto la herencia no se divide por estirpes sino en partes iguales entre todos ellos. Por otro lado, si el hijo renunciante no tiene hijos pero sí nietos, éstos no sucederán al causante ya que por un lado no es posible representar al renunciante y por otro, la representación no se admite *per saltum*, ni tampoco cabe dejar sin efecto el principio de la exclusión del grado más remoto por el más próximo.<sup>505</sup> En efecto, como ya se mencionó anteriormente, el artículo 923 Cc constituye una norma creada *ad hoc* para excluir el derecho de representación en el supuesto de renuncia, en este caso de todos los llamados. Consecuentemente, el renunciante que no tiene hijos, impide que sus nietos lleguen a recibir lo que éste hubiere recibido de su padre de no haber repudiado a la herencia.

En este sentido, la doctrina defiende esta solución basándose en que el artículo 933 Cc presupone la premoriencia de los hijos del causante, mientras que el artículo 923 se refiere a un supuesto de renuncia en el que el primer llamado sobrevive al causante, supuesto éste en que, en virtud de los artículos 924 y 929 Cc la representación sucesoria no puede entrar en funcionamiento.

No obstante, la solución planteada que es defendida con unanimidad por nuestra doctrina, es discutible, toda vez que con ella quiebra la lógica de la sucesión intestada así como la esencia de la representación sucesoria. Esta figura busca salvar la situación de desamparo que se puede llegar a producir en relación con ciertos parientes del causante en el supuesto de que su ascendiente no llegara a heredar en determinados supuestos.

---

<sup>505</sup> Entre otros, GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 218.

Además, podemos concluir que, por aplicación del artículo 933 Cc se produce un trato desigualitario de los descendientes en línea recta y colateral o ascendientes del causante, habida cuenta que cuando la representación sucesoria entra en juego entre parientes de línea colateral, es preciso por imponerlo de modo expreso el Código civil que los sobrinos del causante, que heredan en virtud de la aplicación de esta figura, concurren a la herencia con sus tíos, hermanos del causante, de tal suerte que si concurrieran a la herencia del causante sólo sobrinos del mismo, no sería de aplicación el derecho de representación.

#### *B) Estirpe única*

“Se habla de unidad de estirpe cuando los descendientes supérstites llamados a suceder son hijos de un único hijo premuerto, indigno, desheredado o ausente, o cuando el llamado es hijo único de un hijo premuerto, desheredado o ausente”.<sup>506</sup> En estos casos es preciso determinar si opera el derecho de representación con la consiguiente obligación de colacionar y reducir donaciones.

En contra de la sucesión por representación en la hipótesis de estirpe única se aduce que el derecho de representación surge para evitar exclusiones injustas en la sucesión de una persona, lo cual implica una pluralidad de estirpes, pues en caso contrario resulta innecesario el funcionamiento del instituto. Aplicar la representación en este caso la estirpe se vería perjudicada frente a extraños que podrían beneficiarse de la obligación de colacionar que pesa sobre aquélla.<sup>507</sup>

Partidaria del derecho de representación en este supuesto, es la práctica totalidad de nuestra doctrina.<sup>508</sup> Se argumenta que ello implica una ponderación más equitativa de los que pueden concurrir al fenómeno sucesorio, de los familiares y de los terceros

---

<sup>506</sup> Sobre el tema *vid.* A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “*Estirpe única...*”, *cit.*, pág. 1075 y ss., que hace un laborioso y detallado estudio detallado sobre la existencia del derecho de representación en estos supuestos de estirpe única.

<sup>507</sup> *Cfr.* L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 172 y ss.

<sup>508</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios Edersa, cit.*, pág. 152; A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “*Estirpe única...*”, *cit.*, págs. 1121 y ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 172 y ss. y 266.

donatarios, en su caso, así como la conveniencia de inatacabilidad de las adquisiciones.<sup>509</sup> Pese al silencio del Código civil, en nuestra opinión la solución afirmativa se desprende del contenido de distintos artículos y su interpretación conjunta. Así, el artículo 925 Cc señala en su párrafo primero que la representación tiene lugar *siempre* en la línea recta descendente sin distinguir el número de descendientes que deben concurrir y si se trata de un único descendiente. También el artículo 933 Cc ratifica este criterio al determinar que los nietos heredan por representación; con este precepto, sacamos a colación el artículo 923 del cual, como se manifestó con anterioridad, se desprende que en caso de hijo único, sólo su renuncia a la herencia del causante excluye el juego de nuestro instituto. Por último, los artículos 925 y 927 Cc, relativos a la línea colateral exigen para ésta una pluralidad de estirpes. La exigencia de pluralidad de estirpes prevista por el Código para la línea colateral no existe con respecto a la línea recta, respecto de la cual el Código civil ni dice nada ni sanciona el supuesto de estirpe única como una excepción a la representación sucesoria.<sup>510</sup>

En conclusión, nos mostramos, en consonancia con la mayoría de nuestra doctrina partidarios de la aplicación del derecho de representación. No obstante, ello no implica que seamos partidarios de la división de la herencia por estirpes, que consideramos en este caso concreto indiferente y sin consecuencias prácticas. Como bien se dijo antes, este modo de dividir la herencia constituye un efecto de nuestro instituto y no se pueden confundir ni asimilar como si fueran la misma cosa. Consecuentemente, como bien afirma GUILARTE ZAPATERO, al referirse a este supuesto “*no tendrá lugar la distribución por estirpes por imposibilidad lógica y natural*”, todo lo cual no implica que la representación sucesoria no despliegue sus efectos en materia de colación y reducción de donaciones.<sup>511</sup> Cuestión esta última que es criticada por algún autor como VATTIER FUENZALIDA que entiende que el artículo

---

<sup>509</sup> A. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, “*Estirpe única...*”, *cit.*, págs. 1121 y ss.

<sup>510</sup> *Vid.* C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 1121 y ss.

<sup>511</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 203; en el mismo sentido Q. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, págs. 328 y 329) considera que si bien la división por estirpes es inherente al derecho de representación, en el caso de estirpe única es “infecunda, no produce efecto, porque éste sólo se da cuando a la herencia concurren varias personas de grado diferente”; L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 196

926 Cc, en virtud del cual “*Siempre que se herede por representación, la división de la herencia se hará por estirpes (...)*” es de aplicación siempre, de modo que el hecho de que en este caso la división por estirpes sea indiferente por carecer de consecuencias prácticas no implica que no deba ser aplicado el citado precepto. Así pues manifiesta que la falta de efectos prácticos no constituye un argumento decisivo para no aplicar la división por estirpes que constituye “un elemento esencial de la representación”.<sup>512</sup>

---

<sup>512</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 172 y ss.

La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria

---

**PARTE TERCERA**  
**LA REPRESENTACIÓN SUCESORIA EN LA SUCESIÓN TESTADA**



## I. INTRODUCCIÓN

La posibilidad de aplicar el derecho de representación a la sucesión testada ha sido objeto a lo largo de la historia de grandes e intensos debates doctrinales. Admitir esta aplicación puede resultar en principio un tanto sorprendente, ya que desde su nacimiento, este instituto ha operado tan sólo en aquellos supuestos en los que no existe testamento, por lo que podría decirse que, *ab intio*, el derecho de representación resulta incompatible con la sucesión testamentaria.

En efecto, la institución del Derecho sucesorio nace en Roma en el ámbito de la sucesión legítima y será en éste en el que históricamente se desenvuelve. Así, y pese a la existencia de antecedentes más remotos, será fundamentalmente a partir de la Codificación cuando se plantee su aplicación a la sucesión testamentaria, si bien con un alcance diferente. Finalmente pasó a ocupar en nuestro Código civil una sección del Capítulo dedicado a la sucesión intestada.

En nuestra doctrina tradicional, es opinión general entre sus figuras más destacadas que, dado el carácter voluntario y personalísimo que ostenta el título de la sucesión testada, el derecho de representación en el Código civil tan sólo tiene lugar en la sucesión intestada. Sin embargo, “y por razones contrarias”, la representación sucesoria sí puede ser de aplicación en la porción legítima al no ser ésta de origen voluntario, “sino legal y de carácter forzoso”.<sup>513</sup> Así pues la representación atraída por

---

<sup>513</sup>C. VALVERDE Y VALVERDE, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 401; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, págs. 304 y 305, sienta como conclusión que “el derecho de representación no cabe en el tercio de libre disposición de la herencia, en el cual hay que incluir el tercio de mejora cuando el testador ha dispuesto del mismo”, añade en este sentido que “los llamamientos son individuales y la prelación del instituido, como su incapacidad, aniquilan la institución”; J. L. LACRUZ BERDEJO manifiesta que la representación sucesoria rige en la sucesión legitimaria e incluye su juego en la mejora “y ello haya o no mejora expresa, pues la facultad que concede la ley al causante para fijar dentro de ciertos límites la cuantía de la legítima de cada descendiente, no altera la naturaleza legitimaria de la sucesión de éstos”, *vid. Anotaciones a Binder... cit.*, pág. 164. Favorables también a la aplicación de la representación en la porción legitimaria se encuentran las Sentencias del TS: STS de 22 de junio de 1931 (*RJA* núm. 2098) que afirma que el derecho de representación en la sucesión testada no puede tener lugar propiamente en la de carácter voluntario porque la institución no es forzosa, sino en la de carácter legal, o

la sucesión legítima es repelida por la sucesión testada apuntando fundamentalmente como razón para ello, que “la primera descansa en la ley de la sangre, en el parentesco con su consiguiente atributo de línea y grado, elementos propios e indispensables para la representación, en tanto que la segunda se basa exclusivamente en la voluntad del testador (...)”.<sup>514</sup>

La base fundamental que ha servido a la doctrina clásica para defender su tesis la constituye, entre otros, un argumento de tipo formal o sistemático, consistente en la ubicación de los preceptos que regulan esta figura sucesoria, ya que los mismos se encuentran entre los preceptos dedicados a la sucesión intestada o legítima.<sup>515</sup> Asimismo, se ha venido manifestando que si el testador, que para conseguir el mismo resultado que el derecho de representación, dispone de la figura de la sustitución vulgar, parece que el hecho de no utilizarla conlleva a que su voluntad no era la de llamar a la sucesión a los hipotéticos representantes.

La aplicación de la representación sucesoria a la sucesión testada, resulta no obstante admitida con carácter general, cuando se trata de herederos forzosos, y en especial en el supuesto del hijo instituido heredero. Esta tesis afirmativa encuentra su fundamento en la voluntad del testador, y en motivos de equidad y cohesión familiar. Se discrepa, sin embargo, a la hora de determinar a qué parte de la herencia debe aplicarse dicha representación.<sup>516</sup>

Así pues, el criterio dominante en nuestra doctrina es el que, en contra de la admisión del derecho de representación a la sucesión testamentaria, se limita su

---

sea en lo relativo a las legítimas. En el mismo sentido se manifiestan, entre otras, las SSTS 7 de junio de 1950 (*RJA* núm. 1018); de 6 de diciembre de 1952 (*RJA* núm. 2430).

<sup>514</sup> Q. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, 265.

<sup>515</sup> Sin embargo, este argumento no debe ser decisivo si se tiene en cuenta las frecuentes imprecisiones sistemáticas en que incurre el Código civil.

<sup>516</sup> STS 6 de diciembre de 1952 (*RJA*, núm. 2430).

aplicación a la legítima de los descendientes,<sup>517</sup> existiendo numerosas vacilaciones en cuanto a si debe ceñirse a la legítima estricta o si su alcance debe abarcar también la cuota destinada a la mejora, imperando al respecto la idea de que habiendo el testador mejorado a alguno de sus hijos o descendientes, el tercio de mejora deja de ser legítima propiamente dicha, ya que dimana de la voluntad del testador. Consecuentemente, la representación sucesoria no puede extenderse al tercio de mejora.<sup>518</sup>

No obstante la evolución histórica de la representación sucesoria, ésta manifiesta una acusada tendencia hacia una mayor amplitud de su campo de actuación, hasta tal punto que a partir de los años cuarenta resulta habitual hablar de la tendencia expansiva del derecho de representación,<sup>519</sup> con esfuerzos por extender, en mayor o menor medida, la aplicación del derecho de representación a la sucesión testada.<sup>520</sup>

---

<sup>517</sup> A este respecto, manifiesta J. OSSORIO MORALES (*Manual de sucesión testada*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 334) que “(...) en realidad, para que con respecto a ésta la porción del premuerto corresponda a la estirpe, no hace falta acudir al derecho de representación, puesto que le pertenecerá como atribución directa que a su favor hace la ley, en cuanto que son también ellos –los componentes de la estirpe– herederos forzosos (artículo 807, n.º IIº)”

<sup>518</sup> La cuestión será desarrollada más adelante exponiendo sus defensores y detractores con detenimiento. *Vid infra*.

<sup>519</sup> Esta tendencia expansiva tiene una doble vertiente. Así, por un lado va dirigida a extender la representación sucesoria a los casos de repudiación hereditaria, y por otro, pretende hacer actuar esta figura en la sucesión testamentaria. Esta última, fundamento esencial del presente estudio, cuenta como máximo exponente en nuestra doctrina, con J. CASTÁN TOBEÑAS, *vid.* “El derecho de representación...”, *cit.*, págs. 137 y ss. En el mismo sentido cabe citar, entre otros, a: E. GIMÉNEZ ARNAU, “El derecho de representación en la sucesión voluntaria”, *RCDI*, 1940, págs. 20 y ss.; J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, págs. 5 y ss.; R. NOVOA SEOANE, “El derecho de representación según el Código civil. Antinomias aparentes”, *RDP*, 1914, págs. 143 y ss. En contra de esta tendencia expansiva, basada en consideraciones de equidad, piedad o humanidad, manifiesta R. Mª ROCA SASTRE, que precisamente, dichas consideraciones constituyen el fundamento mismo del derecho de representación en sí, sin embargo, ello no autoriza para que se otorgue al derecho de representación de un alcance mayor que el que institucionalmente deba tener (“Observaciones críticas...”, *cit.*, 1943, págs. 583 y 584.).

<sup>520</sup> Ya en 1914 R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, págs. 143 y ss., se plantea la duda de “Si tiene lugar el derecho de representación lo mismo en la sucesión intestada que en la testada”, concluyendo a tal efecto que: “puede afirmarse con el texto de la ley, que en la línea recta descendiente se da siempre y en todo caso el derecho de representación. En cuanto a la línea colateral (...), no hay razón para negarlo, sino para limitarlo tan sólo a los casos en que el testador, al instituir a sus hermanos voluntariamente, no hubiere dispuesto otra cosa previendo que le premuriesen los instituidos o no fueran capaces para suceder (...)”.

Con la publicación de la Ley de 5 de noviembre de 1940, de Contratación en Zona Roja<sup>521</sup> que, como se verá más adelante, sanciona el derecho de representación testamentario a favor de los muertos en el frente por su adhesión a la Causa del Movimiento Nacional, la posibilidad de ampliación del citado instituto jurídico a la sucesión testamentaria se convierte nuevamente en un tema polémico, sirviendo como base para dos argumentos opuestos. Por un lado, ciertos autores entendían que el hecho de que en atención a las circunstancias especiales de nuestra Guerra Civil, se decidiera dictar dicha disposición de carácter excepcional, constituía una clara prueba de que en nuestro sistema jurídico el derecho de representación no operaba en la sucesión testada. De lo contrario esta regla no hubiera sido necesaria.<sup>522</sup> Para otros, sin embargo, la necesidad de esta disposición resultaba justificada aún en el supuesto de que el derecho de representación rigiera en la sucesión testada, pues nunca lo sería con tal amplitud.<sup>523</sup>

Así, frente a esta concepción estricta del derecho de representación, propia del *Code*, la doctrina reciente acusa una decidida tendencia expansionista favorable a introducir el derecho de representación en la sucesión testamentaria tanto por razón de la voluntad presunta del testador, como por motivos de equidad y de sentido familiar y humanitario, que tanto se manifiestan en el supuesto de premoriencia del hijo instituido heredero.

Se apoya esta tesis en razones de equidad, piedad o humanidad, en el sentido de que el derecho de representación ha sido ideado con la intención de reparar, en interés de los hijos, el daño que les ha causado la muerte prematura de sus padres. Contra dicho argumento se ha manifestado que dicha fundamentación debería conducir a admitir el derecho de representación en todos los órdenes, incluso entre los colaterales, no

---

<sup>521</sup> Ley 5 de noviembre de 1940, *CONTRATOS. Anulabilidad de los celebrados en zona roja* (RLA, núm. 1840).

<sup>522</sup> Vid. entre otros, R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 265; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 16; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 164

<sup>523</sup> Vid. J. OSSORIO MORALES, *op. cit.*, pág. 334.

obstante no se admite esta consecuencia a fin de evitar una excesiva división de los bienes. Así pues, si bien no se pone en duda la bondad del citado argumento y resulta indiscutible todo aquello que se pueda hacer para valorar la estirpe, no se debe olvidar es preciso evitar que el derecho de representación adquiriera proporciones desorbitadas, por lo que este fundamento basado en razones de equidad y piedad no autoriza para que el derecho de representación extravase su campo de actuación.<sup>524</sup> Nuevamente, el carácter excepcional de la misma “confirma la regla general de que en la sucesión testada no se da ordinariamente tal derecho”.<sup>525</sup>

Hasta el momento, la única manifestación existente en nuestro Derecho común de la aplicación del derecho de representación a la sucesión testamentaria y que influyó bastante en esta nueva tendencia expansionista, pese a que a su carácter excepcional hacía reafirmarse a la posición tradicional en su negativa<sup>526</sup> es la citada la Ley de 5 de noviembre de 1940, de Contratación en Zona Roja.<sup>527</sup> Esta Ley sancionaba un verdadero derecho de representación en la sucesión testada pero sólo para algunos supuestos particulares de premoriencia tanto si el causante era un padre, ascendiente o hermano, como otro pariente o un extraño; el carácter transitorio de la misma suponía una demostración de que la regla general continuaba siendo la de que el derecho de representación constituía una figura típica de la sucesión intestada<sup>528</sup>.

---

<sup>524</sup> Vid. R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “Observaciones...”, *cit.*, 1943, pág. 583, nota nº 1, y 584.

<sup>525</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, pág. 407.

<sup>526</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 266 y 267.

<sup>527</sup> Conforme al artículo 17.2º de la citada ley “*Las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en Zona Roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia a favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a estos efectos como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiera otorgado nuevo testamento válido en favor de tercera persona*”. Este artículo fue interpretado por la Orden 7 de julio de 1941, BOE 11 de julio de 1941, núm. 192.

<sup>528</sup> ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de Sucesiones*, t. III, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 406.

En materia de Derecho Comparado<sup>529</sup>, juega un papel esencial la influencia que sobre esta tendencia ha tenido el *Codice Civile* de 1942,<sup>530</sup> que regula esta institución como un procedimiento hereditario común a la sucesión testada e intestada, si bien, respecto al juego de nuestro instituto en la testada lo admite con ciertos límites.<sup>531</sup> Resulta revelador al respecto su encuadre sistemático, dentro de las disposiciones generales sobre la sucesión.<sup>532</sup> También en materia de Derecho comparado, es de destacar el vigente Código civil portugués, que a diferencia del de 1867, que restringía nuestro instituto al heredero legal, permite la representación en la sucesión testamentaria según establece explícitamente el artículo Art. 2040., en virtud del cual, “*A representação tanto se dá na sucessão legal como na testamentária, mas com as restrições constantes dos artigos seguintes*”. No obstante, en la sucesión testamentaria la ley es más exigente en los términos previstos en el artículo 2041.<sup>533</sup>

Propicios también a la tendencia expansiva se encuentran, en nuestro ordenamiento civil algunos Derechos forales, cuya regulación sobre la materia se

---

<sup>529</sup> En la línea opuesta a la amplitud con que el Derecho Italiano regula la representación sucesoria se encuentra el Derecho francés cuyo Código, conservando el ámbito tradicional del derecho de representación, tan sólo lo permite en la sucesión intestada y para los casos de premoriencia y, tras la Ley de 28 de diciembre de 1977, para la declaración de ausencia del representado (art. 128.1º). Por lo que respecta al Derecho alemán, éste se acerca al italiano desde el punto de vista práctico, si bien no llega a tener la misma amplitud.

<sup>530</sup> El *Codice* de 1865 respondía a una visión más estricta, sin embargo, respecto a este punto en concreto ya admitía el derecho de representación en la sucesión testamentaria (artículo 890) aunque sus límites eran discutidos. *Vid.* RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. de la 4ª ed. italiana por SERRANO SUÑER Y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, vol. 2º, Madrid 1931, págs. 1077 y ss., y 1186 y ss.; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. VI-1 (reimpr. de la 5ª ed., corregida y ampliada por VENZI MARCO, Torino 1927) págs. 23 y ss.

<sup>531</sup> Sobre el régimen del derecho de representación en el *Codice*, *vid.* PEREGO, “La rappresentazione”, en *Tratato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO), V-I, Torino, 1982, págs. 97 y ss., CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, t. I, Milano, 1983, págs. 137 y ss; MOSCATI, voz “Rappresentazione (successione per.). Diritto privato”, en *Enciclopedia del Diritto*.... Págs. 646 y ss.

<sup>532</sup> En efecto, el Código civil italiano ordena la materia en su Libro II, “De las sucesiones”, Título I “Disposiciones Generales”, Capítulo IV “De la Representación”.

<sup>533</sup> Art. 2041: “1. *Gozam do direito de representação na sucessão testamentária os descendentes do que faleceu antes do testador ou do que repudiou a herança ou o legado, se não houver outra causa de caducidade da vocação sucessória.* 2. *A representação não se verifica: a) Se tiver sido designado substituto ao herdeiro ou legatário; b) Em relação ao fideicomissário, nos termos do nº 2 do artigo 2293º; c) No legado de usufruto ou de outro direito pessoal.*” Sobre el derecho de representación sucesoria en Derecho portugués, *Vid.* J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, Sucessões*, 4ª ed., Coimbra Editora Limitada, 1989, págs. 202 y ss.

aproxima a la concepción amplia del Derecho italiano. Así, en Derecho aragonés, el derecho de representación conocido bajo la denominación de “*Sustitución Legal*”, se encuentra regulado en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte.<sup>534</sup> En virtud de la misma, “*la sustitución legal puede darse en la sucesión voluntaria y en la legal, así como en la legítima*”<sup>535</sup>. En la sucesión voluntaria tendrá lugar sólo en los supuestos de premoriencia, ausencia o indignidad para suceder,<sup>536</sup> en la sucesión legal tiene lugar también en el caso de desheredación con causa legal o exclusión absoluta;<sup>537</sup> en la legítima operará la sustitución legal en caso de premoriencia, desheredación con causa legal, exclusión absoluta e indignidad<sup>538</sup>. Ya la Compilación de Aragón admitía la sustitución legal en la porción hereditaria tanto en la sucesión testada como intestada por causa de premuerte, incapacidad o renuncia y a favor de todos los descendientes en línea recta y colateral.<sup>539</sup> Ahora bien, la Ley de

---

<sup>534</sup> La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte (BOA núm. 26 de 4 de marzo) viene a derogar los artículos 89 a 142 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, relativos al Derecho de Sucesiones. La sustitución legal, como se conoce el derecho de representación, se encuentra regulado en los artículos 19 a 26 ubicados en el Título I “*De las Sucesiones en General*”, Capítulo III “*Sustitución Legal*”. En cuanto al término “sustitución legal”, establece la Exposición de Motivos que esta Ley opta “*(...) por mantener para todos los supuestos la denominación que recibió esta figura en 1967 (por considerarla preferible a la de representación) y reunir todas las reglas en un capítulo, el III del título I, no sin antes comprobar por separado el funcionamiento del mecanismo sustitutorio en la sucesión voluntaria, en la legal y respecto de la legítima. (...)*”. En virtud del artículo 19 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte: “*Salvo previsión en contrario del disponente, los descendientes de un llamado a título universal o particular lo legitimario de grado preferente ocupan el lugar de éste en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos en esta Ley*”

<sup>535</sup> Artículo 20.1 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte.

<sup>536</sup> Artículo 21.1º: “*En las sucesiones voluntarias la sustitución legal tiene lugar cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder*”.

<sup>537</sup> Artículo 23: “*1. En la sucesión legal la sustitución tiene lugar cuando el llamado ha premuerto, ha sido declarado ausente o indigno de suceder, así como cuando ha sido desheredado con causa legal o excluido absolutamente en la sucesión. 2. En tales supuestos, la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurran solos; mientras que la sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido, sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y siempre que no concurran solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido*”.

<sup>538</sup> Artículo 24: “*La sustitución legal en la condición de legitimario de grado preferente tiene lugar cuando el legitimario ha premuerto, ha sido desheredado con causa legal o declarado indigno de suceder. 2. Al legitimario de grado preferente excluido absolutamente en la sucesión le sustituyen también sus descendientes, pero conserva el derecho de alimentos previsto en el artículo 200*”.

<sup>539</sup> Artículo 141: “*Sustitución legal. 1. Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario prematuro o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes. 2. La renuncia gratuita, pura y simple, a la herencia, nunca se considerará como una aceptación de ésta*”.

1999, frente a lo que establecía el artículo 141 de la Compilación, viene a eliminar la operatividad de la sustitución legal en los supuestos de renuncia.<sup>540</sup>

Favorable también al juego del derecho de representación en la sucesión testamentaria se manifiesta el Fuero Nuevo de Navarra. La aplicación de nuestro instituto a la sucesión testada constituye una de las especialidades del Derecho civil de Navarra<sup>541</sup>. Dicha aplicación responde a su Derecho Histórico plasmado en la Ley 51 de las Cortes de Pamplona de 1580,<sup>542</sup> que permitía el derecho de representación en la sucesión testamentaria a falta de sustitución vulgar o de la exclusión dispuesta por el causante.<sup>543</sup> El Fuero Nuevo de Navarra establece en la Ley 309.2 que “*a falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante*”, de tal suerte que, la norma extiende el derecho de representación tanto a la sucesión legal como a la voluntaria.

Es preciso añadir, en el terreno expansionista, una constante práctica notarial que viene aplicando el derecho de representación, en los supuestos de premoriencia del descendiente del instituido, con la misma amplitud que lo regula para la sucesión intestada,<sup>544</sup> lo cual contribuyó en gran medida a fomentar la citada tendencia expansiva de la representación sucesoria.

---

<sup>540</sup> Art. 26: “*En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal*”.

<sup>541</sup> Vid. SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra*, VI, vol. 2º, Edit. Gómez, Pamplona, 1977, págs. 469 y ss.

<sup>542</sup> Novísima Recopilación, 3, 13, 1. La Ley de 1580, de difícil interpretación, ha sido objeto de numerosos debates doctrinales.

<sup>543</sup> Destacan en este sentido, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1943 (RJA, núm. 1317), ya que aplicó esta ley Navarra.

<sup>544</sup> Dicha práctica consistía en que “cuando en un testamento no se hizo constar el derecho de sustitución (o representación, como impropriamente dice algunas veces) al verificarse las operaciones particionales se afirma por la comunidad de herederos y por el fedatario autorizante de la partición, que los sucesores forzosos del heredero premuerto, cuando éste tenía la condición de legítimo, suceden por derecho de representación” (E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, pág. 20). Manifiestan también esta práctica notarial, L.



Así pues, no sólo existen precedentes relativamente importantes en nuestro Derecho histórico que abogan por la extensión del derecho de representación, sino que en el campo del Derecho constituyente las voces se alzan para que éste se extienda a la sucesión testamentaria.<sup>545</sup>

Esta cuestión, que como puede observarse, fue muy debatida a mediados del siglo pasado, rebrota tras la reforma de 1981, a propósito del artículo 814.3º Cc cuyo tenor, por su importancia, será detenidamente estudiado posteriormente.<sup>546</sup> Si bien se ha dicho que la pretensión del legislador en dicha reforma era resolver el problema del instituto de la preterición en relación con la situación de los descendientes preteridos de un descendiente legitimario que no lo ha sido y que no llegaba a heredar por premorir al causante, parece que el tenor literal de dicho precepto resulta excesivo para la citada finalidad toda vez que habla de representar *en la herencia*, concepto éste que obviamente resulta más amplio que *representar en la legítima*.<sup>547</sup>

Dicho precepto ha dado lugar a diversas posturas, surgiendo quienes ven en él un supuesto de sustitución vulgar *ex lege*, o lo que es lo mismo, derecho de representación; distinguiendo dentro de los mismos el alcance de la representación, ya que para unos se extiende a la legítima larga del descendiente representado, mientras que para otros, en lo que le correspondería por sucesión *ab intestato*, y para otros en su legítima estricta. Por otro lado, se da también la postura de que dicho precepto no

---

SIERRA BERMEJO, “El derecho de representación en la sucesión testada”, *AAMN*, 1948, págs. 451 y ss.; E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación en la herencia testada. En torno a la jurisprudencia”, *RDP*, 1954, pág. 211.

<sup>545</sup> PORRAS LARA, “El derecho de representación en la legislación de los impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes”, *RDP*, t. XXXII, 1948, pág. 207.

<sup>546</sup> En efecto, la solución negativa parece enturbiarse a consecuencia de la última reforma legislativa existente en materia de preterición que ha afectado al artículo 814 Cc, incluyendo, a través de la Ley 11/81, de Reforma del Código civil, un nuevo párrafo en el que se establece que: “*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representarán a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*”.

<sup>547</sup> A. M. LÓPEZ y V. L. MONTÉS-E. ROCA, *op.cit.*, pág. 83.

introduce de modo alguno el derecho de representación sino que la materia del artículo 814.3º Cc, consiste en establecer cuándo se da la preterición y regular sus efectos, de tal modo que los descendientes del premuerto tengan derecho a su legítima, no pudiendo ir más allá, porque otra cosa sería dar a la norma una función que no se quiso que tuviera.

En conclusión, existen en nuestro Derecho precedentes relativamente importantes que abogan por la extensión del derecho de representación sucesoria a la sucesión testamentaria, sino que en el campo del Derecho constituyente las voces se alzan para que a la herencia testada se extienda la representación testamentaria.<sup>548</sup>

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981**

#### **I. POSICIÓN DOCTRINAL**

Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>549</sup> ya en 1914 NOVOA SEOANE se planteaba la posibilidad de aplicar el derecho de representación en la sucesión testada al igual que en la intestada, pero será en los años cuarenta del siglo pasado cuando la cuestión se promueve en profundidad debido a la concurrencia de ciertas circunstancias propicias para ello. Estas circunstancias, que no reproduciremos por haber sido desarrolladas más arriba, se sintetizan en las siguientes: por un lado una generalizada práctica notarial favorable a esta extensión, en contra de la opinión generalizada de los estudiosos de la época, quienes tan sólo la admitían en cuanto a la porción legítima. El antecedente que representa el mencionado artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940 y, por último, en lo que respecta al Derecho comparado, la influencia del Código

---

<sup>548</sup> PORRAS LARA, “El derecho de representación en la legislación de los impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes”, *RDP*, T. XXXII, 1948, pág. 702.

<sup>549</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código civil*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 42 y 43.

italiano de 1942, que se inclinaba por la extensión de la aplicación del derecho de representación a la sucesión testada.

En un intento de clarificar el debate doctrinal desarrollado durante esta época, pasamos a sintetizar y exponer brevemente las principales teorías desarrolladas al respecto, pues no es objeto del presente estudio analizar cada una de las opiniones doctrinales, sino intentar llegar a entender si es posible que de alguna manera el derecho de representación se extienda a la sucesión testamentaria en los mismos términos en los que lo prevé la intestada.

En este sentido, en la doctrina española era opinión general que el derecho de representación, dentro del Código civil, no tiene lugar más que en la sucesión intestada, y en la testamentaria en la parte concerniente a las legítimas, lo cual se infiere de los artículos 761 y 857 Cc Respecto a la porción libre, no tendría lugar en virtud de lo establecido en el artículo 766.<sup>550</sup> Sin embargo, si bien su ámbito natural son las sucesiones *abintestato*, puede entrar en juego en la testamentaria cuando de modo expreso o virtual, dan lugar a ello las disposiciones del causante.<sup>551</sup> Sin embargo, ya en esta época nos encontramos con un grupo de autores que favorables a la teoría opuesta aducen que nuestro instituto sí opera en la sucesión testamentaria.<sup>552</sup> Por su parte, ROCA SASTRE, posicionado en una postura más extrema y radical niega toda posible actuación de la representación sucesoria en la testada, ya que entiende que incluso de *lege ferenda*, existen motivos para no extender el derecho de representación a la sucesión testada, pues ésta resulta innecesaria, toda vez que cuenta con la existencia de la sustitución vulgar, en virtud de la cual, el testador puede prever el caso de que uno de sus hijos premuera, llamando para tal supuesto a la estirpe. Considera además que, si el

---

<sup>550</sup> F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 291; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 1º, p. 639; C. VALVERDE Y VALVERDE, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 2004.

<sup>551</sup> A. MAURA, *Dictámenes seleccionados*, por Maura Gamazo y Romero Valenzuela, t. III, dictamen nº 16, “Testamento y sustitución”, edit. Calleja, Madrid, 1930, pág. 476.

<sup>552</sup> *Vid.* entre otros, R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, págs. 143 y ss.; E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, págs. 20 y ss.; J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, págs. 5 y ss.

legislador introdujera el derecho de representación en la sucesión testamentaria, ello equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*. Aduce para fundamentar su teoría, argumentos tales como:<sup>553</sup>

- El emplazamiento sistemático en el Código civil, que regula el derecho de representación dentro de la sucesión intestada, prueba que éste tan sólo tiene cabida en la sucesión intestada

- El Código civil prevé lo que ha de hacerse en el caso de que resulte inoperante el llamamiento testamentario. Remite en estos casos a la sustitución vulgar, al acrecimiento o a la apertura de la sucesión intestada,<sup>554</sup> sin aludir en momento alguno al derecho de representación. Por el contrario, al tratar la sucesión intestada, la Ley no duda en acudir al derecho de representación,<sup>555</sup> todo lo cual demuestra que “no admite el derecho de representación sucesoria tratándose de una disposición testamentaria (...)”.

La representación sucesoria, al estar destinada a establecer una excepción a la regla de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, aparece como un fenómeno propio de la sucesión intestada. Sin embargo, en la sucesión testada será la voluntad del causante el factor determinante de la preferencia con que los parientes podrán entrar a suceder. Admitir la representación en la sucesión testada, no sólo resulta inadecuado sino que es innecesario, ya que ésta cuenta con la sustitución vulgar para prever la hipótesis de que uno de los hijos premuera, llamando en ese caso a la stirpe.<sup>556</sup> Por tanto, al tener la representación un juego idéntico a la de la sustitución

---

<sup>553</sup> Cfr. R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...”, *cit.*, págs. 266 y ss.

<sup>554</sup> Vid. artículos 912.3º, 913 y 986 del Cc

<sup>555</sup> Vid. artículo 922 Cc: “Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su padre acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”.

<sup>556</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...”, *cit.*, págs. 269 y 276 a 278.

vulgar, “ello equivaldría a establecer una sustitución vulgar *ex lege*”, la ley presumiría entonces como existente en los testamentos la cláusula de sustitución vulgar, lo que constituiría una inoficiosidad legal exagerada que no encaja en materia testamentaria.

En los testamentos, añade ROCA SASTRE, sólo se atiende a la voluntad del testador, expresa o tácitamente manifestada en los mismos, por lo que de lo que se guarde silencio absoluto, éste ha de ser respetado, tanto más cuanto la cláusula omitida sea usual, en cuyo caso el silencio ha de ser considerado como clara repulsa de la misma. Así, el testador que dispone en la sucesión voluntaria a favor del instituido, si hubiera querido favorecer a los descendientes posteriores lo habría tenido en cuenta en el testamento; si éstos fueron omitidos resulta dudoso que realmente los habría querido favorecer en defecto del instituido. En la interpretación de los testamentos ha de primar la voluntad del testador manifestada en los mismos. Por tanto, cuando el testamento carezca de elemento alguno sobre el cual apoyar una voluntad tácita de llamamiento a la estirpe, o sea una sustitución vulgar implícita, ya que el testador guarda silencio, no resulta lícito que el intérprete supla tal silencio considerando presuntamente una cláusula de sustitución vulgar.<sup>557</sup>

Esta tesis de la sustitución vulgar resulta cuestionada por FRAUCA LLAMAS<sup>558</sup> quien lleva a cabo una crítica de lo manifestado por ROCA SASTRE en relación a la sustitución vulgar y manifiesta que el hecho de que el testador esté aleccionado por un Notario no quiere decir nada pues es muy común el olvido en los testadores, y de ahí se explica que la ley prevea la preterición, olvido de institución de un hijo, lo cual hace más lógica la posibilidad de olvido de un nieto. Además, añade este autor, no deben existir diferencias entre los nietos, hijos de un hijo premuerto, y los nietos por parte del sobreviviente.

---

<sup>557</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...”, *cit.*, pág. 278.

<sup>558</sup> D. FRAUCA LLAMAS, *La representación sucesoria en el Derecho Navarro*, Zaragoza, 1956, págs. 51 y 52. Fundamenta este autor la representación en la justicia, mediante la idea normalidad en la delación, pues de no haber habido premoriencia, los bienes hubieran ido, en los supuestos normales a quienes hoy necesitan adquirirlos bajo el título de representantes.

En conclusión, la exclusión del derecho de representación, más que para la sucesión testamentaria *in genere*, opera para la sucesión estrictamente voluntaria. En efecto, en la porción legítima se debe aplicar el derecho de representación, lo cual se infiere de los artículos 761 y 857 Cc al establecer éstos que para los casos de indignidad y desheredación, los hijos del incapacitado o desheredado ocuparán su lugar adquiriendo sus derechos respecto a la legítima; en la porción libre, sin embargo no tiene lugar el derecho de representación por virtud de lo establecido en el artículo 766 Cc<sup>559</sup>

Dentro de esta corriente doctrinal, aunque en una línea más matizada, merece especial atención DE LA CÁMARA<sup>560</sup> por cuanto ha tenido notable influencia en el legislador de 1981. Este autor comienza por manifestar que el “derecho de representación propiamente dicho no actúa en la sucesión testamentaria porque es imposible que actúe” ya que se ha provisto de un medio similar, a saber, la sustitución vulgar. Sin embargo, prescindiendo del derecho de representación en la sucesión testamentaria, podría llegarse a las mismas consecuencias prácticas cuando lo permita la interpretación de la voluntad del testador, mediante la admisión, en el caso concreto de que se trate, de la sustitución vulgar tácita. Así, habrá base para admitir la existencia de una sustitución vulgar tácita, siempre que el testador haya instituido a todos sus sucesores legales de un mismo rango, o a un grupo de ellos, sin discrepar de la regulación establecida por el legislador para el abintestato. En este caso podrá acudir a las normas de la sucesión intestada a fin de interpretar y completar la disposición testamentaria en lo que la misma resulte oscura o insuficiente.

---

<sup>559</sup> Solución expuesta por todos nuestros tratadistas: F. SÁNCHEZ ROMAN, *op. cit.*, vol. 1º, pág. 639; C. VALVERDE Y VALVERDE, *op. cit.*, 4ª ed., pág. 404; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 291; I. SERRANO Y SERRANO, “La representación”, *cit.*, pág. 98.

<sup>560</sup> *Cfr.* M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 7 y ss.

Hay quien además, incluso partiendo de que la representación sólo se aplica en la sucesión intestada, llega a conclusiones coincidentes en parte con la tesis moderna. En este punto destaca por ejemplo ALBI AGERO, quien entiende que si el testador instituye herederos a sus hijos por partes iguales, y uno de ellos muere antes que el testador, entonces la herencia deberá dividirse sin distinción entre el tercio libre y los tercios de legítima, entre los supervivientes y los hijos del premuerto por aplicación de los artículos 807 y 814 Cc. En efecto afirma este autor que “muriendo un hijo antes que el testador, dejando descendencia legítima no instituida por éste, cuya descendencia adquiere, desde que fallece aquel hijo, la cualidad de heredero forzoso para su abuelo el testador, es innegable que; al no haber sido instituida por éste, resulta preterida y, fundándose en el artículo 814 podría pedir la nulidad de la institución de heredero y acudir a la sucesión intestada con sus tíos, en la que heredaría igual que éstos representando a su padre. Con arreglo a esta solución procedería la sucesión intestada por nulidad de la institución hecha, según el número 2º del artículo 912 (...) podrá decirse que para llegar a la solución que propugnamos se ha aplicado el derecho de representación, no obstante tratase de sucesión testada; pero adviértase que solamente se ha hecho recoger normas de la sucesión intestada evitando la apertura innecesaria de ésta.”<sup>561</sup>

Sin embargo, este remedio indirecto de llegar a aplicar el derecho de representación, ha sido criticado por llevar a conclusiones ilógicas. Así, se ha dicho en contra de la tesis expuesta que se trata de una interpretación “de puro forzada, y a la que hay que llegar exclusivamente para rechazar el derecho de representación, puesto que sin éste y sin aquella interpretación quedarían los hijos del premuerto sin derecho alguno en la sucesión del abuelo”. Ciertamente, según la citada tesis, cuando el testador deja su herencia por partes iguales a todos sus hijos, los nietos, descendientes de uno de los hijos premuertos, reciben lo mismo que sus tíos, en cambio, si el testador mostró,

---

<sup>561</sup> T. ALBI AGERO, “Derecho de acrecer entre herederos forzosos”, *RDP*, 1942, págs. 118 y 119. La cuestión cambiará sin embargo cuando el testador haya dispuesto del tercio de mejora o de libre disposición a favor de dos o más hijos y muera uno antes que el testador y con descendientes, en cuyo caso, los descendientes no tendrán derecho en cuanto a la participación en la mejora o legado ya que estas disposiciones son consideradas como recayentes sobre la porción libre.

por medio de mejora o legado, que el premuerto debía recibir más que sus hermanos, en este caso, sus descendientes percibirán menos que sus tíos y verán reducida su cuota a la legítima estricta. Los que se apoyan en esta teoría llevan a cabo pues una interpretación complicada y retorcida del artículo 814.<sup>562</sup>

Frente a esta postura, un sector doctrinal admitía ya la necesidad de que la representación no fuera incompatible con el testamento y confiaban en que al reformar el Código civil se plasmara esto.<sup>563</sup> Hacen referencia, en su afán de reforma, a un antecedente no muy lejano de cierta envergadura, que suponía la representación total en la herencia testada. Se trata de la citada Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre Contratación en Zona Roja. Sin embargo, dado su carácter excepcional y limitado, ha sido utilizado también por la doctrina más tradicional por entender que presupone que no cabe el derecho de representación en la sucesión testamentaria.<sup>564</sup>

Por otra parte, se ha atendido a la presunta voluntad del testador exigiéndose cierta holgura con respecto a la interpretación de las disposiciones de última voluntad. En efecto, las reglas que el Código civil establece con respecto a la interpretación de los

---

<sup>562</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs. 465 y ss.

<sup>563</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *cit.*, págs. 172 y ss.: “Cuando llegue la hora de proceder a una revisión general y sistemática de nuestro Código civil, ya anticuado en tantos puntos, será preciso reelaborar toda la materia del llamado derecho de representación (...), y, a nuestro juicio, será igualmente oportuno extenderla decididamente, por las razones expuestas, a la sucesión testamentaria (...). Mientras la reforma del Código no llegue, podrían atenderse en gran parte las exigencias de la equidad, simplemente prescindiendo de todo criterio restrictivo en la aplicación del derecho de representación y dando una cierta holgura a la teoría de la interpretación de las disposiciones de última voluntad (...); J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, págs. 24, 25. “(...) Se busca con afán lograr un resultado que satisfaga nuestras ansias de justicia, mediante procedimientos imperfectos y rudimentarios. ... No es de este modo, no es por medio de espejismos, como ha de acabarse con el problema que significa esa mutilación que el derecho de representación sufre al cruzar las fronteras de la herencia testada. La solución adecuada del problema es el camino directo: la ley. La ley clara y categórica que dé vida a esta figura jurídica, dentro de los discretos límites, que hoy le sirven de marco, en toda transmisión sucesoria, cualquiera que sea el medio de vocación a la herencia. Está reconocida paladinamente la bondad de la institución; su identificación con el corazón humano; su conveniencia en el régimen económico familiar. ... Así es de esperar que se realice cuando la reforma de nuestro Código civil tenga lugar. (...)”; FRAUCA LLAMAS, *op. cit.*, pág. 56: “Creemos que de *lege ferenda*, e incluso en una posible reforma del Código civil, debiera en él admitirse el derecho de representación en sucesión testada para el supuesto de premoriencia.”; R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, pág. 144.

<sup>564</sup> ROCA SASTRE, “el derecho de representación...” *cit.*, págs. 266, 267.



testamentos no constituyen un obstáculo invencible para que se busque la tácita voluntad del testador, favorable a los descendientes del instituido, cuando de esta voluntad pueda ser claramente inducida.<sup>565</sup>

Argumentos de tipo consuetudinario apoyan la tesis de quienes admiten el derecho de representación en la sucesión testamentaria. En efecto, tanto la práctica Notarial como el Registro de la propiedad aplicaban y aceptaban en supuestos de premoriencia del descendiente instituido el derecho de representación con igual extensión que se regula para la sucesión intestada.<sup>566</sup>

Fundamento esencial de la tesis expansionista es también la voluntad del testador, ya que ésta constituye la ley primordial que ha de regir en su propia herencia. En efecto, en materia sucesoria es preciso procurar siempre una cumplida aplicación de las disposiciones de última voluntad, según las intenciones del causante en relación al destino que ha de darse a sus bienes. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la voluntad del causante no es siempre la que se desprende de las palabras del testador en su sentido literal sino que se debe atender a determinadas cuestiones tales como las circunstancias concretas, los hábitos de vida y el modo de expresarse el testador. Así pues, debe buscarse su voluntad tácita.<sup>567</sup> En ocasiones, las lagunas testamentarias, si el testador no ha expresado lo contrario, deben salvarse acudiendo a las normas que rigen la sucesión intestada. En efecto, “Si los preceptos de la herencia intestada entran en

---

<sup>565</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *cit.*, págs. 173 y ss.

<sup>566</sup> E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 211.

<sup>567</sup> A esto no se opone el art. 675.1º Cc: “*Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento. (...)*”. En este sentido se manifiesta, entre otros L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs. 473 y ss., que añade que: “El testador no puede prever expresamente todas las contingencias posibles en el tracto sucesivo, donde imperan y mandan eventuales sucesos rebeldes a toda prevención, esquivos al deseo. La interpretación sólo puede consistir en aclarar y determinar el sentido de las palabras? ... Ateniéndose a lo que la experiencia de la vida indica ser lo normal en casos análogos, ¿no podrá el intérprete llenar las lagunas de las declaraciones de última voluntad? ... No siempre, la aplicación estricta de las disposiciones testamentarias parece del todo avenida con las intenciones del causante, que se vislumbran con más o menos claridad (...)”.

vigor supletoriamente en el caso de que el causante no deje ninguna disposición de última voluntad, ¿por qué no ha de dárseles vigencia para llenar las lagunas del testador?”.<sup>568</sup>

GIMÉNEZ ARNAU realiza un estudio detenido de la materia arguyendo en primer lugar la ya citada contradicción entre la práctica jurídica y la doctrina científica. En este sentido manifiesta que “cuando en un testamento no se hizo constar el derecho de sustitución (o de representación, como impropriamente se dice algunas veces) al verificarse las operaciones particionales, se afirma por la comunidad de herederos y por el fedatario autorizante de la partición que los sucesores forzosos del heredero premuerto, cuando éste tenía la condición de legítimo, suceden por derecho de representación”. Esta cuestión no ha sido nunca obstáculo a la hora de la inscripción registral de los derechos declarados en el título particional.<sup>569</sup> Para este autor esta práctica es más apropiada, ya que es preciso tener en cuenta lo siguiente:

a. La conclusión doctrinal que afirma que un sucesor legítimo puede concurrir por un mismo título sucesorio a una misma herencia con el doble carácter de heredero voluntario en la parte libre, y heredero forzoso en la legítima es errónea, toda vez que la ley, al imponer la legítima se limita a establecer un control a la voluntad pero si ésta no quebranta los preceptos de la ley debe ser respetada. Por tanto, “todo aquel que adquiere un derecho de otra persona en virtud de testamento y subordinado a la muerte del testador, lo adquiere por título testamentario y es, por tanto, heredero voluntario en la totalidad del derecho adquirido”.<sup>570</sup>

b. Esta solución no choca con los artículos 761 y 857 Cc, ya que éstos preceptos no implican que la participación cuantitativa que a los hijos referidos en los mismos

---

<sup>568</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 475.

<sup>569</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, pág. 20.

<sup>570</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *cit.*, pág. 27.

corresponde, ha de estar limitada a la porción legítima, sino que lo que hacen es reiterar una afirmación innecesaria pues a ella se llega a través del artículo 807 Cc: a saber, la de que los hijos del incapaz o desheredado que fuese heredero forzoso son, a su vez, herederos forzosos.<sup>571</sup>

c. Aunque se rechazase el derecho de representación, se llegaría mediante un rodeo a la misma solución en cuanto a la distribución del haber hereditario. En efecto, en virtud de la aplicación de las normas relativas a la preterición, los hijos de los hijos premuertos no mencionados en el testamento, son herederos forzosos (artículo 807 Cc) y su omisión anula la institución aunque dejando a salvo las mejoras y legados subsistentes. Así lo establece el artículo 814 Cc<sup>572</sup>

d. Por último, la admisión parcial del derecho de representación conlleva a resultados absurdos e injustos, lo cual no ocurre si se aplica la representación total o la preterición.<sup>573</sup>

Partidario de la exposición de este autor se encuentra CASTÁN TOBEÑAS<sup>574</sup>, principal impulsador de la tesis expansiva del derecho de representación, si bien disiente con él en que realmente su postura a favor de la representación no es total por limitarla en dos supuestos: cuando el heredero que falta hubiera sido beneficiado por vía de legado con todo o parte de la porción libre; y si dicho heredero hubiera recibido algo por vía de mejora.

---

<sup>571</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *cit.*, págs. 27 y ss.

<sup>571</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *cit.*, págs. 22 y 28.

<sup>572</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *cit.*, págs. 22 y ss.

<sup>573</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *cit.*, págs. 22 y ss.

<sup>574</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *cit.*, págs. 151 y ss.

En opinión de algunos autores, el derecho de representación en la sucesión testada sería de aplicación para determinados parientes, al menos con la misma amplitud que el Código civil lo regula para la sucesión intestada. Según esta corriente, en la testada, el derecho de representación sería de aplicación ilimitada respecto a los descendientes del testador, y con carácter limitado en la línea colateral.<sup>575</sup>

Para otros, sin embargo, el derecho de representación cabría en la sucesión testada pero sólo a favor de los descendientes del testador. Esta posición, seguida mayoritariamente por nuestra doctrina ha dado lugar a ciertas divergencias que giran principalmente en torno a dos cuestiones:

a) A favor de la aplicación representativa a la sucesión forzosa, excluyendo la voluntaria, puede decirse que se encuentra la práctica totalidad de la doctrina.<sup>576</sup> Ello se debe a que tanto las teorías negativas como ésta coinciden en el resultado final (admitir la representación sucesoria en la legítima), siendo la única diferencia de carácter técnico. En efecto, ambas reconocen que la sucesión forzosa pasa a la descendencia del legitimario cuando éste falla a la herencia por los motivos admitidos al efecto. La única diferencia, por tanto, radica en que la postura negativa atribuye este efecto al propio funcionamiento de la institución de las legítimas entre descendientes, y la presente teoría lo achaca a la aplicación representativa.<sup>577</sup>

---

<sup>575</sup> En este sentido se manifiesta R. NOVOA SEOANE, (*op. cit.* págs. 144 y ss) quien manifiesta que respecto a los descendientes se da siempre y en todo caso el derecho de representación, no así en la línea colateral, en la que, si bien tiene lugar el derecho de representación, éste será limitado a los casos en que el testador no haya nombrado sustituto a su hermano.

<sup>576</sup> Vid. entre otros: F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 3º, pág. 1701; C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil español, V, Derecho de Sucesiones mortis causa*, 3ª ed., Talleres Cuesta, Valladolid, 1926, págs. 411 y ss.; J. Mª MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 6ª ed., revisada por Franco Bonet Ramón, Madrid, EDESA, 1943, pág. 73; J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, págs. 9 y ss.; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 16 y ss. En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo: SSTs 6 de diciembre de 1952; 22 de junio de 1931.

<sup>577</sup> Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 319.

Mantiene esta teoría que dentro de la sucesión testamentaria entre descendientes es posible la representación sucesoria en cuanto a la porción legítima pero no en cambio en la parte libre. Ello es así porque al ser el título de la sucesión testamentaria de origen voluntario y carácter personalísimo resulta evidente que no hay posibilidad de que actúe el derecho de representación. En cambio puede tener aplicación en la legítima, ya que ésta no es de origen voluntario, sino legal y de carácter forzoso (artículos 761 y 857 en relación con el 929).<sup>578</sup>

Se ha afirmado también, que la improcedencia del derecho de representación en la sucesión testada se debe a la naturaleza misma de este derecho. Por su aplicación, la stirpe no adquiere un derecho que previamente fue adquirido por su ascendiente, sino que adquiere directamente su derecho porque la ley se lo otorga. Siendo así, resulta imposible que el derecho de representación actúe en la sucesión testamentaria ya que en ésta el derecho hereditario nace de la voluntad del testador, y sólo en defecto de la misma, entran en juego los llamamientos legales (artículo 659 Cc).<sup>579</sup>

En contra, MARTÍNEZ CALCERRADA objeta que si bien es cierto que en la sucesión testada entre descendientes la porción voluntaria no tiene carácter legal, dicha porción es dejada por razones de sentimiento paterno filial, por lo tanto resulta evidente que, cuando un padre testa a favor de su hijo, si previera una posible falta de éste a su herencia, beneficiaría a sus descendientes. Así pues, admitir en este caso el

---

<sup>578</sup> Cfr. F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 305.

<sup>579</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 16 y ss. A juicio de este autor, el planteamiento de la doctrina es equivocado, pues lo que hay que estudiar no es si se puede trasplantar una institución propia de la intestada a la testada, sino que, hay que ver si es posible llegar a las mismas consecuencias prácticas mediante una adecuada interpretación de la voluntad del testador, o lo que es lo mismo, en este caso, ver si cabe admitir una sustitución vulgar tácita y en qué casos.

derecho de representación, sería “interpretar fielmente su voluntad que en la sucesión voluntaria es su única ley”.<sup>580</sup>

Dentro de esta corriente surge la desavenencia de si el juego del derecho de representación debe concretarse a la legítima estricta o, si por el contrario, puede extenderse al tercio de mejora. Cuestión ésta que resulta un tanto complicada debido a la heterogénea naturaleza de la mejora, ya que si por un lado forma parte de la herencia forzosa, por otro, parece participar de las características de la sucesión voluntaria.

La doctrina dominante aboga por excluir la aplicación del derecho de representación al tercio de mejora, cuando el testador haya hecho uso del mismo, pues lo contrario sería ir en contra del principio de que las mejoras son expresas, además, el mejorado es un sucesor voluntario, lo cual excluye a las mejoras del campo de actuación del derecho de representación. La mejora es un privilegio o un beneficio de modo que no puede ir más allá del favorecido<sup>581</sup>. En este sentido, manifiesta DE LA CÁMARA<sup>582</sup> que si el testador mejoró a alguno de sus hijos el tercio de mejora deja de ser legítima propiamente dicha. La mejora dimana de la voluntad del testador, de tal suerte que no podría entrar en juego el derecho de representación, pues éste no actúa en la sucesión voluntaria.

---

<sup>580</sup> Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 320 y 321.; A. MAURA, *op. cit.*, págs. 476 y 477.

<sup>581</sup> En este sentido se manifiestan, entre otros, Q. MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, pág. 455; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 2º, pág. 1241; J. Mª MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios... cit.*, t. VI, págs. 96 y 428; F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 305; T. ALBI AGERO, *op. cit.*, págs. 118 y 119.

<sup>582</sup> Cfr. M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 30.

Por tanto, el carácter expreso y personalísimo de la mejora, cuyo origen se encuentra en la voluntad del testador y no en la ley; impide que sobre la misma se aplique el derecho de representación.<sup>583</sup>

En contra, SIERRA BERMEJO llega a afirmar que: “(...) negar en absoluto la aplicación del derecho de representación en la sucesión testada (...) puede ser una postura mejor o peor fundada, pero respetable. Ahora (...) decir que se admite pero reducida a la legítima y sólo a la legítima estricta, es lo que no tiene apoyo ni en la letra ni en el espíritu del Código civil”. Así, el problema radica en la distinción entre el tercio de legítima estricta y el de mejora. En efecto, contra la tesis “débil e insegura” que entiende que la mejora es un acto voluntario y libre, y que constituye un privilegio de carácter personalísimo que impide que se extienda su aplicación, afirma que la mejora es parte integrante de la herencia forzosa de los descendientes y que si el testador, conocedor de la muerte del mejorado la dejó subsistente, debe permanecer su deseo de mantenerla.<sup>584</sup>

Visto lo manifestado anteriormente, los partidarios de la tesis más amplia, contrarios a la “debilidad de los argumentos que limitan el derecho de representación a la legítima estricta”,<sup>585</sup> invocan la unidad de la legítima. Así, a la unidad de la legítima no se opone el hecho de que éstos puedan disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos. Este carácter unitario de la legítima se ve reforzado en repetidas ocasiones

---

<sup>583</sup> En contra, J. CASTÁN TOBEÑAS, (“El derecho de representación...”, *cit.*, pág. 154) afirma: “los caracteres de personalísimo y expreso que ha de tener el beneficio de la mejora no son incompatibles del todo con la existencia del derecho de representación, pues si se parte de la base de que la cuota de mejora forma parte de la legítima, en la cual la representación se da por mandato de la ley, el beneficio de la mejora se extiende naturalmente, y sin perder su carácter personalísimo, a los descendientes del mejorado, que la reciben ocupando el lugar de éste”.

<sup>584</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs. 457 y ss.

<sup>585</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *cit.*, pág. 154.; L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs. 457 y ss.

en nuestro Código civil.<sup>586</sup> Así pues, ha de entenderse que la mejora es una parte de la legítima que el ascendiente puede atribuir a su antojo en todo o en parte a uno o vario de los hijos o descendientes. En efecto, la legítima de los descendientes no la constituye un tercio del haber hereditario sino dos tercios de los cuales se puede disponer de uno a favor de hijos o descendientes. La porción de libre disposición tan sólo está constituida por un tercio. Por tanto, la representación ha de aplicarse no sólo sobre la legítima estricta, sino también sobre la mejora por formar ésta parte de la legítima.<sup>587</sup> Asimismo, se ha argumentado que no se puede confundir la representación con la transmisión. En efecto, ambas son dos cosas distintas pues en el fenómeno de la representación sucesoria no se produce transmisión alguna, ya que la persona que por virtud de la ley lo ostenta ejerce un derecho personal y propio.<sup>588</sup> En conclusión entienden estos autores que: “admitir la representación en cuanto a la legítima supone admitirla en la mejora que es parte de la legítima, pese al discutible carácter de beneficio personalísimo que la mejora tiene”.<sup>589</sup> Los caracteres de personalismo y expreso no son incompatibles con el derecho de representación, ya que, si se parte de que la mejora forma parte de la legítima, “en la cual la representación se da por mandato de la ley, el beneficio de la mejora se extiende naturalmente y sin perder su carácter de personalismo a los descendientes del mejorado, que le reciben ocupando el lugar de éste”.<sup>590</sup>

b) Por último, nos encontramos con el grupo que consiente la aplicación representativa en la sucesión testamentaria de descendientes con una mayor amplitud, ya que abarca además de la legítima amplia, el tercio de libre disposición. Así, la

---

<sup>586</sup> Art. 808.2º Cc: “sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes”

Art. 823 Cc: “El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción plena, de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima”.

<sup>587</sup> E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 207 y ss.

<sup>588</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 206.

<sup>589</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, pág. 25.

<sup>590</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 459



representación debe operar, no sólo en la sucesión forzosa sino también en la voluntaria, ya que este derecho en los casos en los que tiene lugar es un principio general de las sucesiones familiares. Por tanto, esta tesis es la más justa.<sup>591</sup>

Para fundamentar su opinión utilizan principalmente los artículos 925 Cc, por cuanto, al establecer que “*el derecho de representación tendrá siempre lugar (...)*” no puede referirse sólo a la sucesión legítima; y el 929 Cc ya que al decir que no se representará a una persona viva salvo los casos de desheredación o incapacidad, está incluyendo la aplicación a la sucesión testamentaria. En efecto el término “*desheredación*” proporciona un argumento de mucha fuerza al ser ésta una institución genuina de la sucesión testada de tal suerte que no puede darse sin la existencia de testamento. En efecto, el artículo 849 Cc manifiesta que: “*La desheredación sólo podrá hacerse en testamento (...)*”.<sup>592</sup> A ello unen además que según el artículo 766 Cc, el heredero forzoso que muere antes que el testador transmite sus derechos a sus descendientes.

Fruto de la discusión doctrinal, y tras el estudio de DE LA CÁMARA, se forma la *communis opinio* de que, como principio general, el derecho de representación no tiene lugar en la sucesión testamentaria, dejándose abierta la posibilidad contraria en el supuesto de ésta resultare ser la voluntad expresa o tácita del testador.<sup>593</sup> En cuanto a la porción legítima, por un lado, se admite la representación sucesoria a favor de los

---

<sup>591</sup> Cfr. R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, pág. 144; E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, págs. 26 y ss.; L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs. 451 y ss.; E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 205 y ss.; J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, págs. 16 y ss., manifiesta que la tesis más cercana a la ley es la consistente en que el derecho de representación sólo tiene lugar en la intestada, y en cuanto a la sucesión testamentaria, en materia de legítimas. Sin embargo, la considera injusta ya que debería ser aplicable a la sucesión testada en su totalidad.; Por su parte, FRAUCA LLAMAS, partidario de la tesis amplia, de *lege ferenda* aboga por una admisión del derecho de representación en la sucesión testada para el supuesto de premoriencia.

<sup>592</sup> En contra M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (“El derecho de representación...” *cit.*, nota al pie nº 5, pág. 2) mantiene que ninguno de estos preceptos es decisivo, ya que ninguno de ellos sirve para demostrar que nuestro Código considera el derecho de representación como una institución común a ambos tipos de sucesión.

<sup>593</sup> Así lo propuso M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ en “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 18 y ss.

descendientes de los legitimarios desheredados o indignos por aplicación de los artículos 761 y 857 C. c. respectivamente, pero se limita a la legítima estricta, incluyéndose el tercio de mejora sólo cuando el testador no hubiere dispuesto del mismo a favor de alguno de sus descendientes. Consecuentemente, no se admite el derecho de representación en la mejora. Por otro lado, y en lo que respecta al supuesto de premoriencia del legitimario instituido, dado el silencio del Código civil, sus descendientes le representan únicamente en la condición de legitimario, lo que desembocaría normalmente en la aplicación de las reglas de preterición, salvo que por sustitución vulgar o de cualquier otro modo quedara excluida dicha preterición.<sup>594</sup>

## II. PANORAMA LEGISLATIVO

Antes de adentrarse a analizar lo que el texto del Código civil establece al respecto, es preciso destacar la existencia de diversas manifestaciones que preveían ya en nuestro Derecho el juego de la representación en la sucesión testada. Si bien su existencia ha influido en el sector doctrinal más avanzado, promotor de la ya mencionada tesis expansiva, éstas han servido también de fundamento a nuestra doctrina clásica a la hora de argumentar su negativa, al entender que fuera de dichas manifestaciones no cabe ampliar la aplicación de nuestro instituto más allá de la intestada, pues la representación sucesoria es una figura que no encaja en la sucesión testada.<sup>595</sup>

Para hacer una panorámica diacrónica, la ya citada Ley de 5 de noviembre de 1940<sup>596</sup> sanciona la aplicación del derecho de la representación en la sucesión

---

<sup>594</sup> Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 59 y ss.

<sup>595</sup> Vid. R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 264 y ss.

<sup>596</sup> Ley 5 de noviembre de 1940, CONTRATOS. Anulabilidad de los celebrados en zona roja (RLA, núm. 1840), art. 17.2º: “*las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador, en zona roja y por su adhesión a la Causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia en favor de los hijos o nietos,*

testamentaria, y otorga a dicha aplicación mucha más amplitud que la consagrada por el Código civil cuando trata de la sucesión legítima, toda vez que la representación tendrá lugar incluso aunque el testador fuera un extraño.

Así pues, se ha venido diciendo que el hecho de la existencia de una norma que prevea esta cuestión conduce a afirmar que no resulta imposible aceptarla. Sin embargo, el carácter excepcional del precepto ha servido a la doctrina tradicional para afianzar su postura, toda vez que la regla excepcional no habría sido necesaria si las disposiciones del Código civil otorgasen a los descendientes del heredero voluntario premuerto el derecho de representación sucesoria.<sup>597</sup> En este sentido, DE LA CÁMARA,<sup>598</sup> manifiesta que dicha Ley no puede emplearse como razón fundamental a favor de ninguna de las dos teorías, ya que el hecho de que sirva para defender cualquier de ellas resalta su falta de virtualidad. Esta Ley se propuso para resolver simplemente un supuesto especial y transitorio.

Por su parte, y dentro de nuestro Derecho foral destacar la legislación de Navarra por cuanto permite la representación sucesoria, siempre que se trate de sustituciones fideicomisarias.<sup>599</sup> El reconocimiento del derecho de representación en la sucesión testada se ha basado en la, discutida y ya citada por nosotros, Ley 1ª del título XIII del libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra en la que se

---

*herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiere otorgado nuevo testamento válido en favor de tercera persona*

<sup>597</sup> Cfr., entre otros, F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones ... cit.*, pág. 306; F. BONET RAMÓN, Comentario a la sentencia de 6 de diciembre de 1952,, *RDP*, 1953, pág.124

<sup>598</sup> Cfr. M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 16.

<sup>599</sup> El Fuero Nuevo de Navarra establece en la Ley 309.2 que “*a falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria, a favor de sus descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante*”

encuentra inserta la ya mencionada y antiquísima Ley de las Cortes de Pamplona de 1580.<sup>600</sup>

Estos supuestos, manifiesta la doctrina tradicional de la época, son los únicos que se dan en nuestro Derecho vigente. Además, partiendo de que uno es excepcional y el otro exclusivo de una región y limitado a los fideicomisos, demuestra que la regla general es que aquel derecho constituye una figura peculiar de la sucesión intestada, lo cual demuestra también el hecho de que el Código civil carece de precepto alguno que establezca el derecho de representación en la sucesión testamentaria.<sup>601</sup>

También en nuestro Derecho foral, destaca el aragonés por cuanto contempla una verdadera aplicación de esta institución a la sucesión testamentaria. En efecto, esta institución, denominada “*sustitución legal*” se encontraba regulada en el artículo 141 de la Compilación de 1967, colocado entre las normas comunes a las diversas clases de sucesión. En dicho precepto se establece que: “*Salvo disposición del causante, ascendiente o hermano, al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes*”.<sup>602</sup>

---

<sup>600</sup> Ley 1ª del título XIII del libro III de la Novísima Recopilación de las Leyes de Navarra. Pamplona 1580: “*Que los llamados a la sucesión de los ascendientes entren por derecho de representación, y haya transmisión a favor de ellos*”.

“*Conviene se provea por ley, que en las disposiciones ex testamento o inter vivos, los hijos y descendientes, por línea recta de los substituidos, y llamados a la sucesión de algunos bienes, que murieren antes que los primeros llamados, entren en lugar de sus padres y ascendientes; como si ellos viviesen, representándolos. Y que en tal caso haya transmisión a favor de ellos, si otra cosa no se hubiese dispuesto claramente por los testadores. Y que en esto se guarde, aún en disposiciones anteriores a esta ley, donde no hubiese litispendencia. Suplicamos a V. M. lo mande así proveer, y guardar por ley, como por este capítulo se pide*”

<sup>601</sup> R. Mª ROCA SASTRE “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 267.

<sup>602</sup> Este precepto no produjo modificación sustancial alguna con respecto al artículo 91 del proyecto de Compilación preparado por el Seminario de la Comisión Compiladora, que bajo la denominación de “derecho de representación” establecía: “*No habiendo sustitución, los hijos o ulteriores descendientes de un heredero legitimario que premuera, sea incapaz o renuncie a la herencia de un ascendiente o un hermano, le representarán en la porción de ella que se le hubiere asignado por ley, testamento, contrato sucesorio o disposición del comisario*”:

El Código civil por su parte, se muestra restrictivo al regular el derecho de representación. Pese a ello, se deja ver en nuestro ordenamiento cierta influencia de la tendencia expansiva. En este sentido, se produce una regresión respecto a este tema en concreto, ya que el primer texto español que ofreció unas primicias en orden, entre otras cosas,<sup>603</sup> a la extensión del derecho de representación a la sucesión testamentaria fue el Proyecto de 1851; sin embargo no fue recogido por el Código vigente. Del artículo 758<sup>604</sup> del citado Proyecto, en relación con los artículos 623 y 673 del mismo resulta evidente la expresa alusión a la sucesión testamentaria. Sin embargo, el afán reformista fue más lejos, consiguiendo implantar de forma indubitada una aplicación de la representación a la sucesión testamentaria. No obstante, repetimos, ésta no fue secundada por nuestro Código.<sup>605</sup> Efectivamente, en el punto concreto de la representación en la testada, el Proyecto isabelino contenía un supuesto de aplicación del derecho de representación (no secundada por el Código) en su artículo 562, cuyo tenor literal disponía que: *“la disposición hecha simple y generalmente a favor de los parientes del testador, se entiende hecha a favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representación con todos sus efectos, con arreglo al artículo siguiente”*.<sup>606</sup>

---

<sup>603</sup> En materia de representación también extendió su aplicación, en la línea colateral, a los hijos y descendientes de los hermanos del causante (art. 754.3º) prescindiendo asimismo de la exigencia de concurrencia de otro hermano. (Hace referencia a esto C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 163 y 164). Sin embargo el Código de 1889 no llegó tan lejos.

<sup>604</sup> Art. 758 Proyecto de 1851: *“No puede representarse a una persona viva, salvo los casos designados en los artículos 623 y 673”*.

Art. 623: *“Si el excluido de la herencia por indignidad o incapacidad es el hijo o descendiente del testador, y tiene hijos o descendientes tendrán éstos derecho a la legítima del excluido, en el caso de haber otros herederos testamentarios. Pero el excluido no tendrá el usufructo y administración de los bienes que por esta causa hereden los hijos”*.

En términos parecidos se manifiesta el artículo 673 para el supuesto de desheredación.

<sup>605</sup> Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, págs. 340 y ss. Al respecto, lamenta que el Código civil haya suprimido este precepto insertado el artículo 751 que considera rígido por cuanto establece una exclusiva preferencia gradual distanciándose de la dación representativa que considera exigida por la equidad.

<sup>606</sup> Al respecto, F. GARCÍA GOYENA *op. cit.*, pág. 303) se manifiesta partidario del derecho de representación en la sucesión testamentaria, manifestando en este sentido: *“(…) que debe tener lugar el derecho de representación aun cuando el testador llame a los parientes más cercanos, y que sus sobrinos no serán excluidos por los tíos, hermanos del difunto: aquel derecho debe regir en lo favorable como en*

En el Código civil de 1889 la ubicación otorgada al derecho de representación, cuyos preceptos ocupan la Sección 3ª del Capítulo III del Título III del Libro III, dedicado a la “*Sucesión intestada*” es utilizada como argumento por la doctrina clásica, toda vez que con ello, parece clara la intención restrictiva del legislador con relación al hecho de sustituir los nietos al padre premuerto e instituido nominativamente en la porción libre de la herencia. Así pues, arguyen que si el legislador hubiera querido que dichos preceptos fueran de aplicación a ambas sucesiones, nada impide que lo hubieran ubicado en el grupo de las disposiciones comunes a la herencia por testamento o sin él.<sup>607</sup>

No obstante, en nuestra opinión, este fundamento carece de base suficiente, ya que la sistemática de un cuerpo legal no es decisiva en ponderada hermenéutica, y por ello, los partidarios de la tendencia expansiva lo consideran débil, ya que bien pudiera ser un defecto de técnica legislativa, de los que tanto abundan en nuestro Código civil.<sup>608</sup>

En contra se ha manifestado que aplicar el derecho de representación a la sucesión testamentaria implicaría una sustitución vulgar tácita y, si se ponen en relación el artículo 924 Cc con el 774 del mismo cuerpo legal, relativo este último a la sustitución, se puede observar cierta coincidencia en los términos utilizados por ambos para definir el derecho de representación y la sustitución vulgar. En efecto, el artículo 924 Cc establece que: “(...) *si viviera o hubiera podido heredar*”, por su parte, el artículo 774 Cc se refiere a que “(...) *mueran antes que él o no puedan o no quieran*

---

lo adverso; y en lo que no se contrarie abiertamente la voluntad del testador, debe observarse el orden de la sucesión legítima al que se presume que en todo lo demás quiso atemperarse”

<sup>607</sup> Vid., entre otros, M. DE LA CÁMARA, “El derecho de representación...” cit., pág. 11.

<sup>608</sup> En este sentido se manifiesta, entre otros, L. SIERRA BERMEJO (*op. cit.*, pág. 462), quien añade que este argumento es tan poco fuerte que “*en la sección precedente “Del parentesco” se formulan una serie de normas de aplicación general a otras materias, como expresamente, a los efectos de la computación de grados, lo reconoce el artículo 919 y como se deduce del mismo texto*”; E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” cit., pág. 206.

*aceptar la herencia*”. Así pues, de este paralelismo, se deduce que la ubicación de la representación sucesoria no es meramente casual, sino que el legislador, de un modo consciente, ha colocado en el lugar apropiado dos instituciones que persiguen el mismo fin: el derecho de representación en la sucesión intestada, y la sustitución vulgar en la sucesión testamentaria. Por lo tanto no existe la aludida equivocación del legislador al colocar la representación dentro del campo de la sucesión *ab intestato*.<sup>609</sup>

Por su parte, la doctrina aperturista mantiene que este criterio “*ni es perfecto ni consecuente*”.<sup>610</sup> En primer lugar porque se aleja del adelanto científico. Además, la representación sucesoria se permite, dentro de la sucesión testamentaria, en materia de sucesión forzosa con una regulación incongruente.<sup>611</sup> Verdaderamente, pese a la colocación sistemática que el Código civil otorga a esta institución, éste parece dar una solución contraria al preverla en su artículo 929<sup>612</sup>. El citado precepto constituye un argumento de gran fuerza para los partidarios de la tesis expansionista, toda vez que alude a la desheredación como uno de los presupuestos en los que es de aplicación la representación sucesoria al decir, “*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación e incapacidad*”. Al respecto se ha manifestado que teniendo en cuenta que la desheredación es una institución genuina de la sucesión testamentaria que, como preceptúa el artículo 849 Cc,<sup>613</sup> no puede darse sin la existencia de

---

<sup>609</sup> Cfr. A. DE ROVIRA MOLA, “Ámbito del derecho de representación sucesoria en el Código civil”, *RDP*, 1951, pág. 508. Añade este autor que su tesis se encuentra además reforzada toda vez que el derecho de acrecer, que constituye otra de las instituciones que cumplen, en la herencia testamentaria, los mismos fines que el derecho de representación en la *ab intestato*, se regula en la sección III (arts. 981 a 987 del capítulo V, consagrado a exponer las *Disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él*.

<sup>610</sup> Cfr. L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 350.

<sup>611</sup> Incongruencia que se manifiesta cuando, tras regular la representación en la sucesión intestada, luego se habla de representación del desheredado en el artículo 929 Cc, cuando la desheredación exige el requisito de testamento.

<sup>612</sup> J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, págs. 9 y ss.

<sup>613</sup> Art. 849 Cc: “*La desheredación sólo podrá hacerse en testamento*”

testamento, resulta innegable que, tendrá lugar el derecho de representación en la sucesión testada,<sup>614</sup> al menos en este caso.

Mantener nuevamente en este supuesto un *lapsus* del legislador resultaría demasiado grave, manifiesta BURGOS BOSCH, ya que la desheredación a la que alude resulta esencial, toda vez que constituye uno de los tres únicos supuestos en que, según la Ley, tiene aplicación el derecho de representación. Además, si se parte de que no pueden ser de mejor derecho los hijos del desheredado que los del premuerto o incapaz, si la Ley lo concede a aquéllos de modo explícito, ello conlleva a afirmar que el derecho de representación opera en los tres casos, tanto en la sucesión intestada como en la testamentaria.<sup>615</sup>

Sin embargo, afirma ROVIRA MOLA que, “si se relaciona el precepto con lo establecido en el artículo 857 se observa que éste limita el campo de aplicación de aquél, pues dispone que “los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima (...)”.<sup>616</sup> Concluye este autor que el artículo 857 lo que quiere decir es que en el régimen sucesorio testamentario, en el supuesto de desheredación, el derecho de representación a favor de los hijos del hijo desheredado tiene lugar únicamente en lo que se refiere a la porción legítima.

Contrario también a esta teoría se manifiesta ROCA SASTRE, para quien en el caso del artículo 857 Cc la atribución directa que la ley hace de la legítima, a favor

---

<sup>614</sup> Entre otros: E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 206; R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, pág. 144; BURGOS BOSCH, *op.cit.*, pág.9; L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 462.

<sup>615</sup> J. BURGOS BOSCH, “El derecho de representación en la herencia testada”, Conferencia desarrollada en el Salón de Actos del Colegio Notarial de Barcelona, Barcelona, 1943, pág. 9.

<sup>616</sup> A. DE ROVIRA MOLA, “Ámbito...”, *cit.*, págs. 508 y 509. En este sentido afirma este autor que “(...) en los casos del art. 857 sólo parece operar el derecho de representación sucesoria en cuanto a la porción legítima en sí, esto es, en lo que se refiere al aspecto forzoso de la sucesión testamentaria, no en cuanto a la porción libre, en que no tiene lugar aquel beneficio”.



de la stirpe del desheredado no constituye un supuesto de representación, sino más bien una *successio graduum*, basada en motivos de piedad.<sup>617</sup>

Así pues, se ha venido diciendo que, si bien nos encontramos con una institución que atañe de forma natural a las sucesiones intestadas, interviene en numerosas ocasiones en las testamentarias y que los preceptos que la regulan no están dictados tan sólo para el ámbito cerrado de las sucesiones *ab intestato* sino que son perfectamente aplicables, cuando se den los supuestos necesarios, en las sucesiones testamentarias.<sup>618</sup>

Que el artículo 929 Cc no demuestra que nuestro Código civil considera la representación como una institución común a la sucesión intestada y a la testada, es afirmado por DE LA CÁMARA.<sup>619</sup> Argumenta la cuestión en un doble sentido, por un lado, mantiene que si los hijos del desheredado no han sido nombrados en testamento, entonces, estaremos ante un caso de preterición y, consecuentemente se procederá a la apertura de la sucesión abintestato.<sup>620</sup> Por otro lado, alude a la posibilidad de que el causante otorgue testamento con el único fin de desheredar a un descendiente, en cuyo caso, la sucesión habrá de deferirse abintestato y, por tanto, existirá el derecho de

---

<sup>617</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 271. Añade este autor que: “La ley no hace entrar a la stirpe en legítima por vía de representación sucesoria, en cuanto a la disposición testamentaria en sí, pues ésta no existe sino en sentido negativo; llama directamente a la stirpe a modo de devolución de la *portio* legítima, o sea, de una atribución directa efectuada por la misma ley”.

<sup>618</sup> *Cfr.* L. SIERRA BERMEDO, *op. cit.*, págs. 462 y ss. Critica la postura de MANRESA cuando mantiene que en virtud de los artículos 857 y 929 Cc ha de abrirse la sucesión intestada cuando el testador se limita a desheredar sin llamar a los hijos o descendientes del desheredado tachándola de disparatada, ya que considera que sólo lleva a conclusiones absurdas. En este sentido, manifiesta que el artículo 912 no prevé que la sucesión legítima tenga lugar cuando es desheredado uno de los hijos, en cambio, no hay duda que el artículo 857 prevé que los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de los herederos forzosos respecto a la legítima. Además, admitir la tesis de Manresa llevaría a la apertura de la sucesión intestada sólo de la porción legítima del desheredado, siendo entonces llamados a la misma, según la ley, no sólo los hijos del desheredado sino todos los parientes más próximos.

<sup>619</sup> *Cfr.* M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, nota a pie nº 5, pág. 17.

<sup>620</sup> A este argumento sería oponible la misma crítica que L. SIERRA BERMEJO hizo a la postura de J. M<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO. En efecto, como se señaló *supra*, L. SIERRA BERMEJO manifiesta su contrariedad a que se abra la sucesión intestada, ya que el artículo 857 Cc alude expresamente que en el supuesto del desheredado sus hijos van a ocupar su lugar.

representación a favor de los descendientes del desheredado y en la porción relativa a la legítima.

En efecto, tal como se argumentó anteriormente, la desheredación también puede proyectarse en la intestada, fundamentalmente en dos supuestos, a saber: cuando el testador se limite a desheredar a uno de sus herederos forzosos, sin hacer ninguna otra declaración por la que disponga de sus bienes, o en aquellos casos en que el testador no disponga en su testamento de todos sus bienes. En el primer supuesto, si el testador se limitase a desheredar a uno de sus herederos forzosos sin pronunciarse sobre el resto de los bienes que posee, es decir, si se limitase a realizar lo que se denomina testamento negativo, o bien si existiendo otras cláusulas además de la desheredación éstas no tuviesen un contenido patrimonial, entonces se abriría también la sucesión intestada pues así lo establece el artículo 912 Cc<sup>621</sup>

En todos los casos de desheredación, como ya apuntamos en su momento, entendemos que los descendientes del desheredado que acuden a la herencia por representación sólo tendrán derecho a la porción legítima. Si bien GUILARTE ZAPATERO entiende que en estos casos habrá que distinguir concluyendo que en el supuesto de que las disposiciones testamentarias no agoten la atribución de los bienes o resulten ineficaces parcialmente, entonces en la parte no dispuesta se abre la sucesión legal manteniendo una posición favorable al derecho de representación en los derechos intestados. En segundo lugar, manifiesta el autor que si hay falta absoluta de disposición testamentaria, deben considerarse dos supuestos, que sólo exista la disposición desheredatoria entonces ésta es válida y la estirpe del desheredado sucede exclusivamente por derecho de representación en la legítima. En cambio, la cuestión será distinta para la indignidad.<sup>622</sup>

---

<sup>621</sup> M. P. GARCÍA RUBIO, *La distribución...* cit., págs. 309 y ss.; S. ALGABA ROS, *op. cit.*, págs. 441 y ss.

<sup>622</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, págs. 194 y ss.

Como ya nos manifestamos anteriormente coincidimos con LERDO DE TEJADA al entender que no hay distinción sino que siempre en supuesto de desheredación los descendientes del desheredado heredan por derecho de representación la legítima de su ascendiente.<sup>623</sup>

Ubicados en la línea de que la desheredación se refiere a la privación de la legítima, huelga añadir que la posibilidad de representación se refiere tan sólo a los descendientes, ya que, por su cualidad de heredero forzoso, son los únicos que tienen derecho a la legítima. Así pues, resultan excluidos del precepto los parientes en línea colateral.<sup>624</sup>

El artículo 929 Cc admite también el juego de la representación en el supuesto de indignidad<sup>625</sup>. Dicho precepto, precisa ser relacionado con el artículo 761 Cc por cuanto el mismo dispone que: *“Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”*.

Es de destacar que, como ya manifestábamos antes, la posibilidad de representación se refiere, en este supuesto al descendiente del indigno, ya que es el único que tiene derecho a la legítima en calidad de heredero forzoso, y es el único al que se refiere expresamente el artículo citado en el párrafo anterior. Nuevamente se excluye del ámbito de aplicación del artículo 929 Cc a los parientes en línea colateral. Por la misma razón, la cuantía alcanzada por la representación se va a limitar a la legítima. Asimismo, añadir que nuevamente el Código civil sanciona la posibilidad de que la causa expuesta opere en la sucesión testamentaria lo mismo que en la intestada, habida

---

<sup>623</sup> M. LERDO DE TEJADA, *La legítima... cit.*, págs. 110 y ss.; *“Alcance cuantitativo... cit.*, págs. 1477 y ss.

<sup>624</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op. cit.*, pág. 351. Lógicamente, el hermano nunca podrá ser desheredado ya que carece de la condición de heredero forzoso.

<sup>625</sup> Si bien el precepto alude literalmente a la *“incapacidad”* es de sobra admitido que se está refiriendo al supuesto de indignidad.

cuenta que el artículo 761 Cc hace referencia expresa al “*excluido de la herencia por incapacidad*” y por consiguiente se está refiriendo a la existencia de testamento.<sup>626</sup>

Dos preceptos, pues que avalan el derecho de representación en la testamentaria, limitándolo a la porción legítima son los artículos 761 y 857 Cc para los supuestos de desheredación e incapacidad respectivamente. En contra ROCA SASTRE entiende que el ver en los artículos 761 y 857 Cc una manifestación del derecho de representación en la testada resulta equivocado. Desarrolla la cuestión del siguiente modo: independientemente del concepto de legítima que se tenga (romano o germánico), el causante está autorizado para disponer por testamento a favor de los legitimarios una cuota en concepto de percepción de legítima. Si no fuera así, es la ley la que atribuye a los legitimarios su cuota, sin perjuicio de que en caso de preterición, obtengan su porción hereditaria intestada al quedar sin efecto la institución de heredero otorgada. Cuando el testador otorga vía testamento (o donación) a favor del legitimario, vivo al tiempo de abrirse la sucesión, y éste acepta, es como si tuviese lugar una adjudicación de bienes en pago de la legítima sin tener por qué hablar de representación. Si el legitimario hubiese premuerto dejando hijos, entonces se produciría una preterición y consecuentemente se abriría la intestada entrando los hijos en su caso por derecho de representación, y cuando el testamento no contenga institución de herederos, entonces quedará sin efecto la disposición testamentaria. Pero, en todos estos casos, no se puede decir que actúe el derecho de representación en cuanto a la disposición en sí pues esta se consume, ni tiene por qué entran en función el derecho de representación, y si la disposición resulta ineficaz, entonces o bien se abre la intestada entre los legitimarios o la ley llama directamente a la porción legítima, en cuyo caso podrá actuar el derecho de representación pero como atribución directa que la ley hace de la legítima a favor de los legitimarios y no en el sentido de que la disposición testamentaria subsista pasando a la stirpe. Lo dicho será también aplicable a la mejora, ya que es parte de la legítima y

---

<sup>626</sup> L. MARTÍNEZ CALCERRADA, *op.cit.*, pág. 351.

además, porque para que exista resulta preceptivo un acto dispositivo que la atribuya. Así pues, respecto a la misma no actuará nunca el derecho de representación.<sup>627</sup>

También el artículo 925 Cc, según el cual: “*El derecho de representación tendrá siempre lugar en línea recta descendente, pero nunca en la ascendente. (...)*”, constituye, para los defensores de la tesis aperturista, una clara evidencia de que esta figura debe ser aplicada en el ámbito testamentario. Manifiestan al respecto que la palabra “*siempre*” no puede referirse sólo a la sucesión legítima, de tal suerte que puede decirse que “*en la línea recta descendente se da siempre y en todo caso el derecho de representación*”.<sup>628</sup> Se añade al respecto que esta palabra no se habría utilizado para referirse tan sólo a la sucesión intestada, resultando pues que la inclusión del término se debe a que ha de trasplantarse su aplicación a la línea recta descendente en el seno de la sucesión testamentaria.

En contra se ha dicho que resulta más lógico y sensato entender que el término *siempre* ha de interpretarse como que la representación haya de favorecer no sólo a los hijos del hijo premuerto, sino también a los demás descendientes en línea recta, interpretación ésta que resulta más conforme al verdadero sentido del precepto y no el suponer, por deducciones que el término siempre se refiere a que el derecho de representación pueda tener lugar en la sucesión intestada y en la testamentaria.<sup>629</sup>

Asimismo, se ha manifestado en contra del artículo 925 Cc, como fundamento de la tesis expansionista que la palabra “*siempre*” debe entenderse como contrapuesta de

---

<sup>627</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 270 y 271.

<sup>628</sup> R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, págs. 144 a 146, se decanta en este sentido al afirmar que “(...) la ley está clara: el artículo 925 del Código civil determina que el derecho de representación tendrá siempre lugar (...), y esta palabra siempre no puede referirse, por deducciones, sólo a la sucesión legítima, (...) de suerte que en la línea recta descendente se da siempre y en todo caso el derecho de representación.”; L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 462

<sup>629</sup> A. DE ROVIRA MOLA, “Ámbito...”, *cit.*, pág. 509.

la palabra “*nunca*”, utilizada por el precepto al referir el supuesto de representación a la línea recta ascendente.<sup>630</sup>

La dicción del artículo 933 Cc parece reforzar la tesis expansionista del derecho de representación en relación a la argumentación realizada en torno al significado que debe darse al término “*siempre*” del artículo 925 Cc. El precepto a tratar, al establecer que “*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación (...)*” determina que el derecho de representación será el modo normal de suceder estos parientes, más aún cuando, en el artículo anterior se dice cómo heredarán los hijos del difunto, estableciendo que lo harán “*siempre por derecho propio*”. Poniendo ambos preceptos en relación nuestro Código establece que los segundos van a heredar siempre por derecho de representación y por tanto, éste no se puede limitar a la sucesión intestada. Este precepto, relativo a la concurrencia sucesoria de nietos y otros descendientes del causante merece especial atención por cuanto parece indicar que la forma natural de sucesión de los nietos es la representación sucesoria, lo cual pudiera resultar contradictorio con respecto a otros artículos del Código civil.

El art. 933, que conserva su redacción inicial<sup>631</sup> dispone que: “*Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda se dividirá entre éstos por partes iguales*”.

Así pues, según el tenor literal del precepto, si concurren a la herencia del causante sólo sus nietos, éstos van a heredar por derecho de representación con la consiguiente división de la herencia por estirpes, pese a que éstos ostentan el mismo grado de parentesco con el causante.

---

<sup>630</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, nota a pie nº 5, pág. 17.

<sup>631</sup> Es semejante al art. 763 del Proyecto del 51, e idéntica al art. 943 del de 1882.

Si bien, como ya se manifestó parece que el precepto establece que ésta es la forma normal en que deben suceder estos parientes, la ausencia del adverbio “*siempre*”, que sí aparece en el artículo anterior, determina que existen supuestos en que no procede heredar por derecho de representación.<sup>632</sup>

En efecto, Código determina expresamente un supuesto por el cual los nietos suceden por derecho propio y no por el juego de la representación. Se trata del supuesto establecido en el artículo 923 según el cual si todos los hijos del causante renuncian a su herencia, los respectivos hijos, nietos de aquél son llamados a la herencia sin representar a éstos. Por tanto, la herencia se dividirá por partes iguales entre los nietos independientemente del número que integre cada una de las estirpes.

La contraposición de ambos preceptos, con soluciones en principio incomprensiblemente diferentes, se justifica en que el segundo sanciona un supuesto en que es imposible la operatividad de la representación sucesoria, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 924 a 929 Cc, en los supuestos de renuncia de hijos del causante. Sin embargo, esta solución resulta cuando menos discutible. Verdaderamente, si la *ratio* del artículo 933 radica en la necesidad de mantener un equilibrio entre las distintas estirpes cuando sólo concurren a la herencia nietos del causante por presumirse que ésta ha sido su voluntad,<sup>633</sup> no parece haber justificación alguna para alterar este criterio cuando, por renuncia del único hijo o todos los hijos del causante, se produce nuevamente una concurrencia exclusiva de nietos del mismo.<sup>634</sup> Sin embargo, tal y como se comentó con anterioridad, la justificación radica en la imposibilidad de que nuestro instituto opere en el supuesto de renuncia. Así pues, establecida por la ley la exclusión de representación para el caso de renuncia, pese a encontrarnos con supuestos similares, a saber, concurrencia de nietos a la herencia de su abuelo, la solución no

---

<sup>632</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 218.

<sup>633</sup> V. GUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, págs. 217 y 218.

<sup>634</sup> En efecto, nos encontramos con dos supuestos de hecho similares, concurrencia exclusiva de nietos, con soluciones contrapuestas.

puede ser la misma dado que, los presupuestos de hecho que dan lugar a dicha situación son radicalmente diferentes.

Lo que sí resulta contradictorio en este supuesto es la diferencia de trato que nuestro Código prevé con respecto al caso de que los únicos parientes del causante sean sobrinos hijos de hermanos premuertos, en cuyo caso no habrá cabida para el derecho de representación, ya que, en la línea colateral se exige expresamente que, para que los sobrinos hereden por derecho de representación, es preciso que concurran a la herencia con algún hermano del causante. Así pues, concurriendo sólo sobrinos, éstos heredarán por partes iguales. Difícil justificación puede darse al diverso trato otorgado por la ley a los nietos, que al concurrir solos a la herencia de su abuelo, deben repartir la herencia por estirpes, con respecto a los sobrinos que en un supuesto similar, es decir, concurriendo solos a la herencia del tío, procederían a dividir la herencia por cabezas.

Sin embargo, la razón fundamental que, sin duda ha inspirado a los tratadistas en contra de la representación en la sucesión testamentaria la constituye lo dispuesto en el artículo 766 Cc. Al respecto ha manifestado BURGOS BOSCH que el precepto constituye “la negación más rotunda del derecho de representación en la sucesión testada” y lo considera “la contrafigura del derecho de representación” en la herencia testamentaria<sup>635</sup>.

Esta norma, que erróneamente ha sido utilizado en numerosas ocasiones para desechar la aplicación de la representación sucesoria en el supuesto de la sucesión testamentaria, dispone que “*El heredero voluntario que muere antes que el testador, el*

---

<sup>635</sup> J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, pág. 11; R. M<sup>a</sup>. ROCA SASTRE (“El derecho de representación...” *cit.*, pág. 268) critica estas manifestaciones afirmando al respecto que “si este precepto constituyera el único obstáculo para la representación sucesoria en la herencia testamentaria, ésta debería admitirse en el Código civil”; L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 451



*incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia, no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857”.*<sup>636</sup>

Al respecto, se dice que como el texto de los artículos 761 y 857<sup>637</sup> disponen para los casos del incapaz y del desheredado el derecho de sus hijos a suceder en la legítima, no hay duda de que el derecho de representación juega respecto a la legítima, y sin embargo, no opera cuando se trata del tercio de libre disposición.<sup>638</sup>

Tres son los supuestos contenidos en el artículo: premoriencia, incapacidad y renuncia a la herencia, refiriéndose explícitamente, en el supuesto de premoriencia al heredero voluntario, es decir, heredero designado en testamento. Por otra parte, añadir que de la letra del artículo, se desprende que al referirse a los incapaces y a los que renuncian a la herencia, en este caso, se incluyen tanto los herederos forzosos como los voluntarios. En efecto, a ello nos lleva la ausencia de la disyuntiva “o” para enlazar los supuestos referenciados. Esta cuestión se encuentra reforzada por la salvedad final del precepto así como por la referencia a los artículos 761 y 857.

Así pues, en una interpretación del precepto se ha mantenido que la consecuencia lógica que se desprende del texto es que si el heredero voluntario premuere al testador, si hay incapacidad o renuncia del instituido, ya sea voluntario o forzoso, entonces, no habrá transmisión de derechos hereditarios y se producirá una

---

<sup>636</sup> E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 206 y ss., no admite, sin embargo, que ese precepto constituya un obstáculo a la aplicación de la representación a la sucesión testada; R. NOVA SEOANE, *op. cit.*, pág. 144, considera también el precepto como argumento para la citada aplicación, ya que considera que, según éste, “el heredero forzoso que muere antes que el testador, transmite sus derechos a los descendientes (...)”.

<sup>637</sup> Art. 761 Cc: “Si el excluido de la herencia por incapacidad fuera hijo o descendiente del testador y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”.<sup>9</sup>

Art. 857 Cc: “Los hijos del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima”.

<sup>638</sup> E. GIMENEZ ARNAU, *op. cit.*, pág.21.

vacante en la herencia que abrirá paso, en ocasiones al derecho de acrecer y otras a la apertura del abintestato.<sup>639</sup>

Las numerosas incorrecciones del texto han ocasionado diversas interpretaciones de difícil solución. En este sentido resalta en primer lugar que éste se refiera al “*heredero voluntario*”, toda vez que el “*heredero*” que fallece antes que el testador no puede tener tal condición pues para ello se precisa haber aceptado la herencia. Asimismo, resulta incorrecta la alusión que hace a la desheredación (art. 857), puesto que ésta no ha sido incluida previamente entre los supuestos a excepcionar. Por último, y esta es la incorrección que más interesa, resulta también inexacto al presentar la representación como una excepción a la no transmisión de derechos sucesorios por el premuerto, incapaz o renunciante: resulta obvio, según lo dispuesto en el artículo 928 Cc que el representado nada transmite cuando opera el derecho de representación.<sup>640</sup>

Verdaderamente, con independencia de las distintas interpretaciones que se quieran hacer del texto, resulta inadecuado traer a colación este precepto en aras a la materia debatida, ya que nada tiene que ver con la misma ni ha sido dictado con vistas al derecho de representación. Efectivamente, el artículo 766 Cc lo que regula es el *ius transmissionis*, derecho éste que presenta, como bien se expuso en su momento, importantes diferencias con nuestra institución.<sup>641</sup> En el derecho de representación, nada

---

<sup>639</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 452.

<sup>640</sup> Vid. A. GORDILLO CAÑAS, *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 1887. Respecto a las dos incorrecciones señaladas en primer lugar, el autor salva la primera si se sobreentiende el término instituido antes de referirse al heredero; por lo que respecta a la segunda de las incorrecciones señaladas *supra*, mantiene que la referencia hecha a la desheredación podría justificarse por la similitud existente entre sus causas y las de la indignidad. En cuanto a la tercera incorrección, manifiesta el autor que la finalidad de la norma se centra en proclamar el juego del derecho de representación en la sucesión testada limitado a la legítima y a los supuestos de indignidad y desheredación.

<sup>641</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 453; M. DE LA CÁMARA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 15 y 16; R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 269; En contra F. CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones... cit.*, pág. 305 afirma que: “El artículo 766 no se refiere, como a primera vista pudiera parecer al “*ius transmissionis*”, sino al “*ius representationis*”. (...) Ninguno de los supuestos contemplados por el artículo 766 (premorienza, incapacidad, renuncia) significan que el instituido ha llegado a poseer el “*ius delationis*”, y en consecuencia lo transmiten al heredero. Por otra

se transmite. En efecto, la stirpe entra en la herencia no por vía de transmisión del derecho de su ascendiente, quien nada adquirió por haber premuerto, sino que es llamada directamente por la ley.<sup>642</sup> Es principio universal que nadie puede transmitir más derechos que los que hubiera adquirido, por lo que el precepto resulta innecesario, ya que resulta obvio que quien premuere, deviene incapaz o renuncia a la herencia, nada adquieren, y por ende nada pueden transmitir.<sup>643</sup>

En conclusión, el precepto señalado proclama un principio de derecho sucesorio que podría haberse silenciado, ya que éste constituye la consecuencia lógica de las normas que regulan la delación y la adquisición de la herencia.<sup>644</sup> Así pues, el artículo 766 Cc “resulta inocuo o irrelevante en este respecto”.<sup>645</sup> Sin embargo, la irrelevancia del precepto no debe llevar a concluir que éste no se refiere a la transmisión, pues como bien afirma DE LA CÁMARA<sup>646</sup>, “La esterilidad de un precepto no autoriza para referirlo a un supuesto al que, en realidad, es ajeno”.

En la representación sucesoria, contra lo que erróneamente parece manifestar el artículo 924 Cc, la descendencia no sucede al representado sino a quien este habría

---

parte, sería innecesario que el citado precepto dijera que no transmite derechos quien no los ha adquirido.” En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de diciembre de 1952 (RJA, núm. 2430: “*Que el artículo 766 del Código civil (...) más bien es contrario a la actuación del derecho de representación en la sucesión testamentaria, porque si bien literalmente se refiere al derecho de transmisión (...), puede muy bien entenderse, de acuerdo con un criterio comúnmente admitido, que el precepto ha querido referirse, (...) al ius representationis, puesto que resulta evidentemente estéril e innecesario, decir que no se transmite un derecho que no se ha podido adquirir*”).

<sup>642</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE (“El derecho de representación...” *cit.*, pág. 269) afirma que “Este precepto niega el *ius transmissionis* en estos casos; pero nada tiene que ver con el derecho de representación sucesoria (...) pues en el supuesto de actuación de este último derecho, la stirpe entra en la herencia intestada, no por vía de transmisión del derecho de su ascendiente, que por haber premuerto al causante no adquirió nada y, por tanto, nada puede transmitir, sino que la stirpe es llamada directamente por la ley.”

<sup>643</sup> A. GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pág. 1887. En lo que respecta a las excepciones establecidas por remisión a los artículos 761 y 857 entiende el autor que ya encuentran en éstos su previsión legal y regulación suficiente; L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 453

<sup>644</sup> M. DE LA CÁMARA, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 15; ello no obstante, añade este autor, “no autoriza para referirlo a un supuesto al que, en realidad, es ajeno”.

<sup>645</sup> R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 269.

<sup>646</sup> M. DE LA CÁMARA, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 16.

sucedido si viviera o hubiera podido heredar. Por lo tanto, nada se transmite a los representantes. Así resulta de lo establecido en el artículo 928 Cc, en virtud del cual, la renuncia a la herencia de una persona no hace perder el derecho a representarla sólo tiene explicación lógica si se entiende que no se sucede a esa persona sino que se coloca en su lugar y se hereda al ascendiente de aquélla.

Además, pese a la alusión que el artículo 766 Cc hace a los artículos 761 y 857 Cc, hay que añadir que ello se debe al matiz equivocado que el art. 924 Cc otorga a la representación sucesoria. En efecto, en éste parece intuirse que los descendientes entran en la sucesión de un ascendiente, no por vocación propia, sino ejercitando un derecho transmitido por el padre premuerto. Sin embargo, nada hay en estos textos que lleve a pensar que constituyen excepciones a la no transmisión del derecho hereditario. Si algo se transmite en los artículos 761 y 857 Cc no es precisamente el derecho hereditario, sino, a lo sumo el derecho a ocupar el lugar del incapaz o desheredado en la sucesión del ascendiente no existiendo relación alguna entre éstos y aquél.<sup>647</sup> Así pues, pese a que el precepto resulta el principal apoyo para quienes niegan el derecho de representación en la sucesión voluntaria, su exégesis no resulta concluyente.<sup>648</sup>

Es, según manifiesta SIERRA BERMEJO, la denominación impropia que se otorgó al derecho de representación la que dio lugar a la concepción errónea de esta figura como un derecho en virtud del cual los descendientes entran en la sucesión del ascendiente ejercitando un derecho transmitido por el padre premuerto y no por vocación propia y así es como la institución se nos presenta en el artículo 924, cuyo concepto equivocado justifica la excepción que el artículo 766 *in fine* establece al hacer referencia a los artículos 761 y 857 Cc. En dichos preceptos no puede vislumbrarse que constituyan una salvedad a la no transmisión del derecho hereditario. Así, si algo se

---

<sup>647</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, pág. 454: “(...) el primero regula el derecho de transmisión hereditaria y los segundos con toda claridad admiten el derecho de representación, en su verdadero concepto y no en el inexacto que literalmente entendido construye el artículo 924, puesto que lo que hacen es simplemente y en definitiva declarar suprimido un grado”.

<sup>648</sup> *Cfr.* M. DE LA CÁMARA, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 15.

transmite, no es el derecho hereditario, sino el derecho a ocupar el lugar del incapaz o premuerto en la sucesión del ascendiente.<sup>649</sup>

Asimismo y por alusiones a los artículos 761 y 857 Cc, de los cuales se han servido para fundamentar la limitación del derecho de representación a la legítima en el supuesto de sucesión testamentaria, se ha afirmado que la tesis amplia no tropieza con la solución dada por éstos, pues “ni la expresión su derecho a la legítima, del 761, ni la calidad de herederos forzosos que el 857 atribuye a los hijos del desheredado, quieren decir que la participación cuantitativa que a estos hijos corresponde ha de estar limitada; lo que hacen tales artículos es reiterar una afirmación en cierto modo innecesaria (ya que se llega a ella igualmente por el camino del 807): la de que los hijos del incapaz o desheredado que fuese heredero forzoso son, a su vez, herederos forzosos”.<sup>650</sup>

Por su parte, el artículo 986 Cc establece que: *“En la sucesión testamentaria, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legítimos del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones”*. Se recoge una lista completa de soluciones para el supuesto de incapacidad del heredero testamentario: sustitución vulgar, acrecimiento, herencia intestada. Sin embargo no se alude en ningún momento al derecho de representación como elemento del sistema<sup>651</sup>. No se puede alegar en este caso olvido por parte del legislador, lo cual se puede comprobar, como bien manifiesta BURGOS BOSCH<sup>652</sup>, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 922 Cc, ya que éste al tratar el acrecimiento en la sucesión intestada no omite que el derecho de representación se anteponga al acrecimiento<sup>653</sup>.

---

<sup>649</sup> Vid. L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs.453 y 454.

<sup>650</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

<sup>651</sup> Vid. J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, pág.12; A. DE ROVIRA MOLA, “Ámbito...”, *cit.*, pág. 511

<sup>652</sup> J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, pág.12.

<sup>653</sup> Art. 922 Cc: *“Si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar”*.

Otros preceptos que, avalan esta tesis negativa en un sentido semejante al ya expresado, ya que en ellos se refleja la ausencia de alusión al derecho de representación son: por una parte el artículo 912.3º Cc Este artículo, que hace referencia a la apertura de la sucesión intestada, establece en su párrafo tercero que ésta tendrá lugar cuando *“falta la condición puesta a la institución de heredero, o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya lugar al derecho de acrecer”*. Así pues, se puede observar que el precepto establece en perfecto orden las instituciones que pueden entrar en juego cuando el instituido heredero premuere al testador: sustitución vulgar, derecho de acrecer, y en defecto de ambos, apertura de la sucesión intestada, omite no obstante alusión alguna al derecho de representación. En la misma dirección se ha argumentado que el artículo 913 Cc, a falta de herederos testamentarios, defiende la herencia a sucesores abintestato, sin aludir para nada al derecho de representación.<sup>654</sup> También ha servido de motivación el artículo 777 Cc, que, a propósito de las sustituciones salva expresamente los derechos legitimarios de los herederos forzosos del sustituido pero no hay una sola palabra que haga la misma defensa del derecho de representación que los descendientes de aquél tendrían respecto del resto libre de la herencia.<sup>655</sup>

No obstante, en contra de este argumento se ha manifestado que realmente el artículo 777 Cc, al impedir que se lleven a cabo sustituciones vulgares, si el sustituido tiene herederos forzosos, que perjudiquen la legítima, no supone que se desconozca el derecho de representación sino que el precepto simplemente pretende delimitar el área dentro del que se podrá ejercitar las facultades de libre disposición. Asimismo, el hecho de que el artículo 986 Cc no mencione el derecho de representación no debe interpretarse como una negación del mismo, sino como uno de tantos *lapsus* del legislador. Por último, que el artículo 912 Cc cuando ordena la apertura de la sucesión intestada en los supuestos de incumplimiento de condición, premoriencia o repudiación,

---

<sup>654</sup> A. DE ROVIRA MOLA, “Ámbito...”, *cit.*, pág. 511; J. J. BURGOS BOSCH, *op. cit.*, pág.12.

<sup>655</sup> A. DE ROVIRA MOLA, “Ámbito...”, *cit.*, pág. 511.

salve tan sólo los supuestos de sustitución o derecho de acrecer, sin mencionar al derecho de representación; tampoco resulta decisivo, pues de la lectura del precepto se puede observar que el legislador tan sólo está pensando en la sucesión voluntaria y no en la forzosa. En efecto, el propio Código, en caso de incapacidad de un heredero forzoso con descendientes, no abre la sucesión intestada sino que dicta para este caso el artículo 761 Cc<sup>656</sup>

### III. CONCLUSIÓN

Tras lo dicho, ha de concluirse que de un examen objetivo del Código civil, así como de la escasa jurisprudencia existente al respecto, la tesis que prevalece durante esta época es la de que, en materia de sucesión testamentaria, el derecho de representación sólo puede aplicarse a la legítima.

Verdaderamente, esta teoría es la que más se ajusta a la exégesis de la ley. Consecuentemente, dado que la admisión se limita a la legítima, los hijos del hermano instituido en testamento que premuera al testador, o resulte incapaz, no recibirán nada, toda vez que éstos carecen de la condición de legitimarios.

Sin embargo nosotros consideramos injusta esta solución, apoyando que el derecho de representación debería abarcar, en la sucesión testada, la totalidad de lo dejado por el testador al representado, a salvo las legítimas y siempre y cuando no haya dispuesto una sustitución vulgar. Por lo que entendemos que de *lege ferenda* es preciso una reforma que permita el juego de nuestro instituto cuando hay testamento. Ello debería ser así pues, como bien manifiesta GIMÉNEZ ARNAU, “la falta que supone la desheredación o la incapacidad son personalísimos. La culpa, como la pena, no se

---

<sup>656</sup> L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs. 455 y 456.

transmite a los herederos; y nada digamos de la premoriencia, que no entraña por parte del que premuere idea alguna de culpabilidad”.<sup>657</sup>

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA REPRESENTACIÓN EN LA SUCESIÓN TESTADA TRAS LA REFORMA DE LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981

Especial atención merece el artículo 814 Cc por cuanto la Ley de 13 de mayo de 1981, que introduce una modificación sustancial en el régimen de preterición, incluye un nuevo párrafo en el citado precepto, el cual ha sido objeto de especial atención por la doctrina por introducir el juego de la representación en la sucesión testamentaria. Así, el artículo 814. 3º dispone que: *“Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos”*.

Antes de comenzar a realizar un estudio detallado de la cuestión que nos ocupa, es preciso hacer una breve referencia al *iter* parlamentario en el que este párrafo tercero carece prácticamente de historia.<sup>658</sup> Respecto al mismo, la única incidencia que afectó a su tramitación fue la enmienda número 500 presentada por el señor ALZAGA VILLAAMIL, cuyo tenor literal, en lo concerniente al 814.3º, sería el que sigue: *“Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, ocuparán su lugar en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”*. Si bien la ponencia dijo aceptar la enmienda, el párrafo tercero sin embargo permaneció inalterado sin otorgarle la citada redacción. A partir de entonces, este párrafo no volvió a ser objeto de especial consideración.

---

<sup>657</sup> E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>658</sup> Sobre el *iter* legislativo *vid.*, J. BOLÁS ALFONSO “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *AAMN*, 1982, págs. 192 y ss., J. M<sup>º</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios... cit.*, págs. 1284 y ss. y C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 70 y ss.



## I. EL ARTÍCULO 814.3º DEL CÓDIGO CIVIL

### 1. Introducción

Si bien es cierto que no se pretende aquí llevar a cabo un estudio pormenorizado de la figura de la preterición, no lo es menos que la institución merece especial atención en nuestro tema por cuanto, tras la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, cobra especial relevancia en materia de representación sucesoria.

La citada Ley, cuya finalidad, consistió en la “modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”, ni siquiera alude en su título al Derecho de sucesiones. Sin embargo, fruto de la reforma operada en los citados campos, introdujo alteraciones profundas en nuestro Derecho sucesorio.<sup>659</sup> En este sentido, destaca especialmente la reforma introducida en materia de preterición de herederos forzosos, reflejo de la nueva disciplina de las relaciones familiares toda vez que, como consecuencia de la equiparación de todos los hijos cualquiera que sea su filiación, pasan a ser legitimarios algunos ascendientes y descendientes que antes no tenían esta cualidad, por lo que serán más frecuentes los supuestos de preterición.

En el marco de esta modificación se encuentra la introducción del actual párrafo 3º del artículo 814 en virtud del cual: *“Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”*.

El citado párrafo, de carácter fuertemente innovador, vino a reabrir la polémica, de la que ya se ha dado cuenta, acerca del derecho de representación en la sucesión testamentaria, pues, a pesar de que su ubicación teleológica y sistemática se encuentre en materia de preterición, presuntamente, parece poner fin, con carácter positivo, a la citada cuestión tan discutida entre nuestra doctrina jurídica a mediados de siglo.

---

<sup>659</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 25 y ss. *Vid.* el estudio que hace J. Mª MIQUEL GONZÁLEZ en su Comentario al artículo 814 en *Comentarios a las reformas... cit.*, págs. 1280 y ss.

El precepto es lo suficientemente claro para creerlo de este modo, ya que habla explícitamente de representación. Sin embargo, no toda la doctrina coincide en entenderlo así, de modo que cierto sector no ve más que un *lapsus* técnico mediante el cual se denomina representación a un supuesto claro de sustitución *ex lege*.<sup>660 661</sup> Hay quien incluso mantiene que el precepto “introduce sin base alguna el derecho de representación en la sucesión testada (...)”.

Además, el párrafo tercero del citado precepto suscita otros problemas entre los cuales destacan: si la representación que se establece tiene aplicación en la legítima, o en el total de la porción hereditaria; si limita su alcance al supuesto de premoriencia, o si por el contrario se extiende a los casos de desheredación e indignidad y cuál es la relación con los artículos 761 y 857 Cc, problemas todos ellos, que pasan a ser desarrollados a continuación.

## 2. El precepto antes de la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo

La anterior redacción del artículo 814 Cc<sup>662</sup> no contenía previsión alguna para el supuesto de que el legitimario, instituido heredero, y por tanto no preterido, falleciese antes que el testador. Surge así, el problema de determinar qué derechos han de ser atribuibles a tales descendientes en la herencia del mismo. En esta época, era desechada, una posible aplicación del derecho de representación a la sucesión testamentaria para el

---

<sup>660</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La preterición en el Derecho Común Español*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 321.

<sup>661</sup> A. GARCÍA-BERNARDO LANDETA *La legítima... cit.*, pág. 283.

<sup>662</sup> El antiguo art. 814 Cc decía así: “*La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta anulará la institución de herederos, pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.*

*La preterición del viudo o viuda no anula la institución, pero el preterido conservará los derechos que le conceden los artículos 834 a 839 de este Código.*

*Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto.”*

citado supuesto. La ubicación de los preceptos que regulaban esta figura, situados en el capítulo del Código civil dedicado específicamente a la regulación de la sucesión intestada, parecía indicar que sólo en la misma se podía ejercitar el derecho de representación.

Sin embargo, la ausencia de una norma expresa que regulara este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con respecto a los descendientes ulteriores del indigno o desheredado, artículos 761 y 857 Cc respectivamente, propició que tanto la doctrina como la jurisprudencia adoptaran diversas vías de solución, incluso antagónicas, que se pueden agrupar en dos vertientes:

1. Un sector de nuestra doctrina entendió que, de forma análoga a la práctica de los supuestos de desheredación e indignidad, la aplicación del derecho de representación era la solución adecuada.<sup>663</sup>

En este sentido se ha afirmado que “La institución de heredero en favor de un hijo que luego premuere al testador, dejando descendientes, excluye la idea de la preterición a la que se refiere el art. 814 del Código civil: no hay preterición porque ha sido instituido el heredero *in capita* y los representantes ocupan su lugar por un derecho nacido de su cualidad de descendientes del mismo; de suerte, que en la persona del

---

<sup>663</sup> R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, págs.144 y ss.; L. SIERRA BERMEJO en “El derecho de representación en la sucesión testada”, *AAMN*, 1948, págs. 465 y ss., hace manifestaciones tales como: “La preterición, buscada por algunos como remedio indirecto de los males que acarrea la imposibilidad legal de admitir el derecho de representación en la sucesión testada, lleva a soluciones ilógicas. (...). Si la preterición consiste en la omisión de alguno de los herederos forzosos en el testamento, ¿cómo va a sostenerse que existe preterición cuando el testador instituye a todos sus hijos, porque no prevea expresamente que uno de ellos pueda premorirle? (...) No cabe pues refugiarse en la preterición, que sólo se produce por la omisión de un legitimario inmediato, que debió tenerse en cuenta al hacer la institución hereditaria, pero no por la de aquellos que mediatamente pueden llegar a serlo de defecto de los primeros. (...). Tan natural y fácilmente se llega a la conclusión de que el derecho de representación es institución que atañe natural y ordinariamente a la sucesión testada forzosa como a la intestada, que parece inexplicable que la doctrina de los mejores tratadistas haya logrado enturbiar la materia de tal claridad. (...)El legislador entiende aplicables aquel principio de proximidad de grado y este derecho de representación en la sucesión testada forzosa. (...)”. E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 207 y ss.

llamado a la herencia se presumen instituidos los que tienen el derecho de representarle (...).<sup>664</sup>

No obstante, surgieron discrepancias en torno a la parte de la herencia a la que habría que ser aplicado el citado derecho. Es decir, si éste abarcaba sólo la legítima estricta, la denominada legítima larga que incluye la mejora o bien la totalidad de la porción hereditaria que había sido atribuida al representado.

Si bien hay quien defendió que los descendientes del heredero fallecido debían recibir todo lo que éste debería haber recibido por virtud de un verdadero derecho de representación, aludiendo a la “debilidad de los argumentos que tienden a limitar el derecho de representación a la legítima estricta”,<sup>665</sup> sin embargo, el criterio dominante limitaba el derecho de representación en la herencia testamentaria, única y exclusivamente a la legítima estricta, lo cual suponía una equiparación a los supuestos de indignidad y desheredación en los que el Tribunal Supremo<sup>666</sup> admitía dicha limitación. En consonancia con esta vertiente, los nietos, hijos del hijo premuerto del testador, podrán exigir directamente la legítima que hubiera correspondido a su padre, en la que suceden por derecho de representación.

Que el derecho de representación tuviera lugar tan sólo en la legítima, pero sin limitarlo a la legítima estricta, sino abarcando también el denominado tercio de mejora, fue la opción elegida por autores como LACRUZ BERDEJO; si bien éste, se resistió a considerar el caso como uno de representación al afirmar que: “(...) y si el mejorado es el hijo premuerto, la mejora se incorpora a la legítima estricta. No hay pues, representación en la mejora por la misma razón que no la hay en la legítima estricta: la

---

<sup>664</sup> R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, pág. 146.

<sup>665</sup> E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 207 y ss. En el mismo sentido se manifiesta R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, págs. 146 y 147, quien concluye su artículo con las siguientes palabras: “Resumiendo este estudio puede afirmarse; que el derecho de representación, es principal en las sucesiones familiares y (...), y que con la institución del heredero *in capita* se presume hecha la de los que deban representarle ocupando su lugar por ministerio de la ley”.

<sup>666</sup> SSTs: 23 de enero de 1959 (*RJA* núm. 125), 9 de octubre de 1975 (*RJA* núm. 3583) y 10 de junio de 1988 (*RJA* núm. 4813)

representación es únicamente en la cualidad de legitimario, y no en el *quantum*, que es voluntario y representa una asignación de cuota o bienes concretos”.<sup>667</sup> También el Tribunal Supremo<sup>668</sup> en diversas sentencias manifestó por un lado que el derecho de representación era de posible aplicación a la sucesión testada, si bien circunscrito a la sucesión a favor de los herederos forzosos o legitimarios; y por otra parte, que en el tercio de libre disposición no cabe el llamado derecho de representación.

Sin embargo, manifiesta DE LA CÁMARA que la cuestión de admitir el derecho de representación en la legítima estricta o, si por el contrario debe incluirse la mejora, sólo puede suscitarse partiendo de la idea equivocada de que nuestro sistema sucesorio divide la herencia de todo causante con hijos o descendientes en tres tercios separados como compartimentos estancos: legítima estricta, mejora y tercio de libre disposición. La mejora forma parte de la legítima y sólo pierde tal condición si el causante la atribuye a favor de los hijos o descendientes. Por tanto, si no se ejercita la facultad de mejorar, la legítima se compone de los dos tercios de la herencia, de tal suerte que, si se admite el derecho de representación con relación a la misma, carece de sentido restringir su aplicación a la legítima estricta, puesto que la distinción de ésta y la mejora resulta intrascendente. No obstante, si el testador mejora a alguno de sus hijos o

---

<sup>667</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, Barcelona, 1961, pág. 207.

<sup>668</sup> Esta tesis fue la adoptada por el Tribunal Supremo al consagrar en las siguientes sentencias dos principios esenciales: en primer lugar al declarar que el derecho de representación era de posible aplicación a la sucesión testamentaria, si bien circunscrito a la sucesión a favor de los herederos forzosos o legitimarios, y el segundo, bajo la afirmación de que en el tercio libre no cabía la citada representación: SSTs: 22 de junio de 1931 (RJA núm. 2098); 7 de junio de 1950, (RJA núm. 1018): “(...) el llamamiento hecho a favor de aquéllos no puede menos de extenderse a estos hijos en estricta aplicación de la doctrina expuesta, no por virtud de las normas reguladoras del derecho de representación, pues, contra lo que afirma el motivo tercero del recurso, las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada, no tienen lugar propiamente en la de carácter voluntario sino en la de carácter legal, o sea en lo concerniente a las legítimas”; 6 de diciembre de 1952 (RJA núm. 2430), si bien en esta sentencia, el Tribunal Supremo no reconoció a los descendientes del premuerto la totalidad de la mejora que el causante le asignó, pero no les impidió participar, igualitariamente con los demás legitimarios, en dicho tercio; en consonancia con esta vertiente, los nietos, hijos del hijo premuerto del testador, podrán exigir directamente la legítima que hubiera correspondido a su padre, en la que suceden por derecho de representación; 5 de julio de 1966 (RJA núm. 3671): “Que el «ius representationis», regulado en los arts. 924 al 929 del CC, requiere que el representado premuera al causante, de quien no llega a ser heredero, pues los representantes suceden directamente al de «de cujus»; pero establecido solamente en las sucesiones abintestato, sus posibles aplicaciones en las sucesiones testamentarias no tiene lugar propiamente en las que siendo de esta última naturaleza son de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa sino en las legales, o sea en lo relativo a las legítimas (...)”.

descendientes, entonces, el tercio de mejora deja de ser legítima propiamente dicha, ya que, la porción que la forma dimana de la voluntad del testador. Por tanto en estos casos el derecho de representación no se extiende al tercio de mejora puesto que se entiende que éste sólo actúa respecto de la legítima.<sup>669</sup>

2. Otro sector doctrinal,<sup>670</sup> con apoyo en la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>671</sup>, creyó suficientemente demostrado que, en nuestro Derecho vigente por aquel entonces, la omisión, en el testamento del causante de los nietos, hijos de un hijo premuerto, constituía un claro supuesto de preterición que se regía por lo dispuesto en el artículo 814 Cc<sup>672</sup>, toda vez que, “la mención del padre premuerto no excluye la preterición de su stirpe si ésta no ha sido llamada en sustitución vulgar de aquél o mencionada en cualquier otra forma que no dé lugar a la preterición”<sup>673</sup>.

---

<sup>669</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 29 y 30.

<sup>670</sup> En esta línea destacan, entre otros: VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer, t. I; Las Legítimas I*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pág. 627, (en adelante *Las legítimas I*) también mantiene esta postura en: *Comentarios Edersa*, 1978, Madrid. Entiende este autor que “La mención del padre premuerto no excluye la preterición de su stirpe si ésta no ha sido llamada en sustitución vulgar de aquél o mencionada en cualquier otra forma que excluya la preterición” (pág. 163); ROCA SASTRE, “Observaciones críticas...”, *cit.* 1943, pág. 606 y “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 270 y 271; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 29 y ss. CRUZ AUÑÓN “Un supuesto práctico de preterición”, *AAMN*, III, 1946, págs. 545 y ss.; J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, Barcelona, 1961, págs. 206 y 207.; CANOVAS COUTIÑO, “Jurisprudencia de la Dirección General de Registros y del Notariado”, *RDI*, septiembre-octubre 1959, págs. 802 y ss. Cabe señalar la especial posición mantenida por T. ALBI AGERO, *op. cit.*, pág. 118, quien, partiendo de la existencia de la preterición, que acarrearía la apertura de la sucesión intestada, propugna la aplicación directa de sus normas sin necesidad de previa declaración de herederos y la innecesaria apertura de la sucesión intestada; E. GIMÉNEZ ARNAU, *op. cit.*, págs. 28 y ss.

<sup>671</sup> Especialmente la RDGRN de 14 de agosto de 1959, *A.D.G.R.N.*, 1959, págs. 55 a 68, La Dirección, en contra del recurso presentado por el Notario autorizando de la escritura, admite el segundo de los defectos consignados en la nota del Registro en cuanto la misma afirma: “2º. *El derecho de representación no está admitido en la sucesión testada, pues el Código civil lo regula sólo en la intestada; por ello, el nieto de la causante (...), que no está llamado por sustitución en el testamento de su abuela, (...), no adquiere derecho alguno por dicho testamento y es necesaria la declaración de herederos hecha a su favor por el Juez (...)*”. Implícitamente, pues no abordó directamente la cuestión, en la de 10 de mayo de 1950 (RJ 1950/702). En defensa de esta tesis, la Dirección General argumenta en síntesis que si los descendientes de otro descendiente, premuerto al testador, son sin duda alguna herederos forzosos, su omisión en el testamento constituye un claro supuesto de preterición con aplicación de lo previsto en el artículo 814 Cc

<sup>672</sup> En este sentido se manifiesta M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 43, añadiendo que “la preterición no tendría lugar, ni por tanto sería de aplicación el artículo 814, si los nietos pudieran entenderse llamados por vía de sustitución vulgar tácita o presunta”.

<sup>673</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas cit. I*, pág. 627, *Comentarios Edersa, cit.*, 1978, pág. 163.

Así pues, partiendo de lo establecido en el antiguo artículo 814.3º Cc<sup>674</sup> resulta insuficiente que premuera el hijo omitido, ya que es preciso que éste no deje descendientes. En caso contrario, si fueron preteridos, se anulará la institución de heredero. Por consiguiente, en la sucesión testada, no es posible la aplicación del derecho de representación, ya que esto “Vale para los casos de desheredación e indignidad, pero no para los de premoriencia, en los cuales hay representación en la condición de legitimario, pero no en la disposición en sí, por lo cual nos hallamos en el caso de preterición del artículo 814, con la consiguiente nulidad de la institución”.<sup>675</sup>

El argumento fundamental esgrimido por la doctrina partidaria de esta tesis ha sido que, consecuencia del sistema establecido por nuestro Código civil, mientras viven los hijos, los nietos no son herederos forzosos. Sin embargo, si la muerte del instituido, descendiente del testador, otorga a sus descendientes la condición de herederos forzosos, la omisión de los mismos en el testamento, debe desencadenar las consecuencias previstas con carácter general para el caso de omisión de cualquier legitimario, es decir, la preterición.<sup>676</sup>

Lo previsto en los artículos 761 y 857 Cc no puede servir de obstáculo a estas conclusiones toda vez que los citados preceptos contienen un régimen excepcional que no es de aplicación analógica.<sup>677</sup> Precisamente, lo expuesto en esta teoría, viene

---

<sup>674</sup> Art. 814.3º: “Si los herederos forzosos preteridos mueren antes que el testador, la institución surtirá efecto”.

<sup>675</sup> Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, Barcelona 1961, págs. 206 y 207.

<sup>676</sup> Emplean este argumento, entre otros: T. ALBI AGERO, *op. cit.*, pág. 118; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, pág. 549; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 33; J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, Barcelona, 1961, pág. 206.

<sup>677</sup> M. P. GARCÍA RUBIO trata de las normas especiales, si susceptibles de aplicación analógica, y su dificultad para diferenciarlas, dada la proximidad conceptual entre ambas, de las denominadas leyes excepcionales. Por lo que respecta a estas últimas, manifiesta que suponen el apartamiento radical de la norma general. (Vid. *Introducción al Derecho civil*, Cálamo, Barcelona, 2002, págs. 13 a 15 y 164 y 165). Dicho esto, entendemos que, si la norma general es la no representación sucesoria en la testamentaria, por no existir norma alguna que sancione dicha aplicación, si para los supuestos de desheredación e indignidad, el Código civil prevé expresamente que opere el derecho de representación, entonces, ambas normas deben ser consideradas excepcionales.

impuesto por la: “inexistencia, para el caso de premoriencia, de una norma que expresamente llame a los descendientes del hijo premuerto a la porción legítima”.<sup>678</sup>

Esta discusión resultó determinante de la aparición del vigente artículo 814.3º Cc. Así, ya en los años previos a la reforma, surgieron propuestas de solución, cuya influencia sobre el precepto actual resulta evidente. En este sentido, destacan autores como LACRUZ BERDEJO para quien, “*de lege ferenda*”, lo más práctico sería imponer la representación del padre que premuere, por sus descendientes, en la sucesión del abuelo, manteniendo en cambio, para los casos de desheredación o incapacidad, las normas de los artículos 761 y 857 Cc”<sup>679</sup>. En un sentido similar, en lo relativo a evitar en este supuesto que se produzca la preterición, se manifiesta VALLET DE GOYTISOLO, al entender preferible, salvo que se probare ser otra la intención del testador, aplicar la sustitución vulgar<sup>680</sup>.

### 3. El artículo 814 tras la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo

La nueva redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, al artículo 814 Cc introduce el párrafo tercero, en virtud del cual: “*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos*”.

---

<sup>678</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 33 y ss.

<sup>679</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, Barcelona, 1961, pág. 203, nota 3. También J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *cit.*, pág. 172) afirma, en relación con la representación sucesoria, que “Cuando llegue la hora de proceder a una revisión general y sistemática del Código civil, ya anticuado en tantos puntos (...), y a nuestro juicio, será igualmente oportuno extenderla decididamente, por las razones expuestas, a la sucesión testamentaria (...)”

<sup>680</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer, t. I, Las legítimas, II*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, págs. 944 y 945, (en adelante, *Las Legítimas II*) afirma en cuanto a la “preterición de los descendientes de un hijo premuerto que no hubiese sido preterido, supuesto al cual parece preferible aplicar la sustitución vulgar tácita si no se probare que fue otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría evidentemente de una preterición intencional”.



La inclusión de este nuevo párrafo ha reabierto la polémica sobre el papel que juega el derecho de representación en la sucesión testada, concretamente sobre la situación jurídica de los descendientes del legitimario llamado que ha premuerto al testador.

En efecto, con anterioridad a la reforma del 81, la doctrina había llegado a una cierta armonía en cuanto a la inadmisión del derecho de representación en la sucesión testada habida cuenta que su función venía cumplida por la sustitución vulgar expresamente prevista por el testador o tácitamente inducida de su voluntad. En este sentido afirmaba DE LA CÁMARA que “el derecho de representación no actúa en la sucesión testamentaria porque es imposible que actúe (...) a lo máximo que se puede llegar es por vía interpretativa, a una sustitución vulgar tácita a favor de la estirpe”.<sup>681</sup>

Consecuentemente, hasta la citada reforma, la omisión en el testamento del abuelo de los nietos, hijos de un hijo premuerto, constituía un caso claro de preterición que se regía por lo dispuesto en el artículo 814 Cc, ya que el Código no dictaba ninguna norma al respecto y, al haber la omisión de un heredero forzoso en línea recta, se debía dar entrada en la herencia al legitimario preterido a través de la sucesión intestada<sup>682</sup>.

En el mismo sentido, y manteniendo una postura divergente a la del Tribunal Supremo, se pronunció la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien en su resolución de 14 de agosto de 1959, entiende que a la hora de determinar si la omisión de un nieto en el testamento de la abuela, nacido con anterioridad a la fecha de su otorgamiento, pero heredero forzoso por haber premuerto su instituido padre a la causante, origina un caso de preterición o si por el contrario es preciso aplicar el

---

<sup>681</sup> M. DE LA CÁMARA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 17 y sig.

<sup>682</sup> La doctrina lo había entendido así mayoritariamente. En este sentido, *vid.* J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Las Legítimas*, *cit.* I, pág. 627; R. M<sup>a</sup> ROCA SASTRE, “Observaciones críticas (...)”, *cit.*, pág. 606 y “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 270 y 271; T. ALBI AGERO, *op. cit.*, pág. 118; CRUZ AUÑÓN, *op. cit.*, págs. 545 y ss.; CÁNOVAS COUTIÑO, *op. cit.*, págs. 801 y ss.; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 29 y ss. En contra se manifiestan, entre otros: L. SIERRA BERMEJO, *op. cit.*, págs. 465 y ss.; R. NOVOA SEOANE, *op. cit.*, págs. 144 y ss.; E. ESCOBAR DE LA RIVA, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 207 y ss.

derecho de representación a favor del nieto, la solución debe ser la primera. Es decir, manifiesta que nos encontramos ante un caso de preterición, entre otras cuestiones porque los artículos 761 y 857 Cc, utilizados como argumentos favorables a la representación sucesoria, “aparte de no referirse al supuesto de premoriencia, no significan otra cosa que el mero reconocimiento, innecesario sin duda, de la cualidad de herederos forzosos de los hijos del incapaz o del desheredado”. Añade la Resolución que de haberse optado por la solución contraria “se llegaría al absurdo de reconocer solamente, por vía de representación, a dichos herederos forzosos, la legítima estricta, olvidando que tal atribución es únicamente un mínimo legal y que en el supuesto de preterición, el Código civil decreta en su favor la nulidad de la institución de heredero y la apertura de la sucesión intestada con las posibilidades de recibir una cuota mayor”.<sup>683</sup> Por su parte, el Tribunal Supremo parece opinar todo lo contrario, pues si bien no se había pronunciado de forma definitiva al respecto, establece en la sentencia de 6 de diciembre de 1952, que no existía preterición de los nietos en el testamento de la abuela porque los hijos del premuerto heredan por representación la legítima estricta correspondiente a su padre.<sup>684</sup>

La *ratio* esencial del nuevo precepto resulta clara en cuanto que, el legislador no pretendió en momento alguno resolver un problema relativo a la representación sucesoria, ni en el ámbito de la sucesión testada, ni intestada; sino que lo que se buscó es evitar la preterición de los descendientes de un descendiente premuerto, toda vez que ante la ampliación del marco de las personas susceptibles de preterición, fruto de la adecuación del derecho de sucesiones a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, podrían originarse pretericiones imprevistas.<sup>685</sup> Pese a ello, esta reforma reabrió la tradicional polémica sobre la admisibilidad del

---

<sup>683</sup> Cfr. RDGRN 14 de agosto de 1959, *A.D.G.R.N.*, 1959, págs. 55 a 68. La misma dirección sigue entre otras, en la RDGRN DE 10 de mayo de 1950, *A.D.G.R.N.*, 1950, págs. 155 a 160.

<sup>684</sup> STS de 6 de diciembre de 1952 (*RJA* núm. 2430).

<sup>685</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 333. en este mismo sentido, cabe destacar a C. MARTINEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 67 y ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *El derecho de representación en la sucesión “mortis causa”*, Madrid, 1986, pág. 284; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, “El derecho de representación del artículo 814 párrafo tercero del Código civil”, *RCDI*, mayo-junio, 1988, pág. 943.

derecho de representación en la sucesión testada. En efecto, el párrafo tercero del artículo 814 viene a resolver el problema planteado, con anterioridad a la reforma, respecto a la preterición de la stirpe de un padre premuerto, si ésta no había sido llamada a la herencia en sustitución vulgar o mencionada de cualquier otra forma.<sup>686</sup> Para ello, el legislador se inclina por la opción de la representación intentando evitar así las consecuencias que genera la acción de la preterición. Ello no supone que no exista dicha figura, es decir, no implica que los descendientes a los que hace referencia no estén preteridos, todo lo contrario, sí lo están pero mediante la introducción del derecho de representación no se considerarán como tal, todo lo cual resulta claro toda vez que “el precepto concluye con términos tan taxativos como “(...) y no se consideran preteridos.”, lo cual indica que, aún existiendo preterición, los efectos de ésta no deben tener lugar”.<sup>687</sup>

La nueva redacción dada por la reforma alude expresamente a la representación, sin embargo, la sujeta a un régimen jurídico especial en cuanto a los supuestos en que debe actuar, los presupuestos objetivos, la extensión y los efectos típicos. Es por ello que es preciso determinar si se trata de una representación en sentido técnico y si, por su colocación sistemática, adopta una configuración peculiar así como las consecuencias derivadas de todo ello.<sup>688</sup>

Así pues, fruto del artículo 814.3º Cc se han formulado diversos planteamientos doctrinales que pueden sintetizarse del siguiente modo:

---

<sup>686</sup> En efecto La cuestión no planteaba problemas en los supuestos de indignidad o desheredación, ya que las stirpes del indigno o justamente desheredado, venían reguladas en los artículos 761 y 857 Cc

<sup>687</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 334; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 67 y ss.

<sup>688</sup> M<sup>a</sup>. MERCEDES BERMEJO PUMAR (*Instituciones de Derecho privado*, t. V, Sucesiones, vol. 3º “Las atribuciones legales”, coordinador general J. F. DELGADO DE MIGUEL, Madrid, Civitas, 2005, págs. 312 y ss.) manifiesta que el art. 814.3º “reafirma el llamamiento legal a favor de la stirpe del no preterido. Sin embargo, la preterición que evita no es la de los efectos del antiguo artículo 814, con el llamamiento a todos los herederos intestados, sino que estos efectos pueden ser mayores o menores no sólo en atención a las circunstancias objetivas de la omisión de la stirpe, sino también a la voluntad expresa del propio causante (párrafo quinto) que no limita la antigua salvedad a las mejoras expresas (...)”. El nuevo precepto, entiende la autora exige que el representado no hubiese sido preterido, pero exige para ello la nominación testamentaria del no preterido (...).

Frente a las principales teorías esgrimidas al respecto, que giran en torno a si nos encontramos ante la aplicación del derecho de representación o se trata de una sustitución vulgar tácita, existe una tercera construcción doctrinal, que entendemos ha de ser descartada, que mantiene que el término “*representan*”, utilizado por el precepto comentado, supone que en la nominación del instituido descendiente se encuentra incluida la nominación de su estirpe. De este modo, el nieto es legitimario por derecho propio (aunque en concurrencia con sus tíos, será legitimario por estirpes), y no hay preterición porque éste ocupa el lugar que, como legitimario, ocuparía el padre premuerto en la herencia. Por tanto, entendiendo que al mencionar al padre ya se ha mencionado a sus descendientes, éstos se consideran no preteridos. La *ratio* del precepto consiste pues, en justificar la no existencia de preterición. Destaca PINTO RUIZ que el artículo 814, que deja en blanco el contenido cuantitativo objetivo de los derechos del descendiente, siendo preciso buscarlo en otros preceptos, “sólo da una *ratio* o explicación justificante de considerar que no existe preterición”. Así pues, la norma simplemente reputa no preterido a los descendientes del instituido premuerto o a lo sumo les atribuye la legítima.<sup>689</sup>

Varias son las razones que llevan a descartar esta teoría. En primer lugar, resulta contradictorio afirmar que los descendientes del instituido concurren por derecho propio pero por estirpes, ya que la elección de uno u otro nos llevarán a consecuencias diversas. En efecto, si concurrieren por derecho propio, ello conllevaría ineludiblemente un reparto por cabezas, accediendo a la herencia en igualdad de condiciones que otros descendientes del testador que no le han premuerto. Sin embargo, el reparto que surge al aplicar el derecho de representación, se caracteriza principalmente por concurrir a la herencia por estirpes.

---

<sup>689</sup> J. PINTO RUIZ, “El actual artículo 814 del Código civil no introduce el instituto de la representación en la sucesión testada”, *RGD*, núm. 483, diciembre 1984, pág. 2683. Esta tesis es compartida por J. B. VALLET DE GOYTISOLO en *Comentarios Ministerio*, pág. 2012 quien, cambiando de opinión con respecto posturas mantenidas en obras anteriores, cita a J. PINTO RUIZ admitiendo compartir la misma tesis al respecto.

Por otra parte, manifestar que el artículo 814.3º debe significar algo más que una simple extensión de la nominación hecha a favor del descendiente premuerto a sus descendientes. Así, la interpretación dada por este sector doctrinal al término “*representan*” sería más limitada, habida cuenta que no abarcaría todos los supuestos posibles en los que un no preterido premuere dejando descendencia que no ha sido tomada en cuenta por el causante. En este sentido, destaca RIVERA FERNÁNDEZ el supuesto en el que el descendiente premuerto haya quedado satisfecho en sus derechos legítimos, total o parcialmente, mediante una donación *inter vivos*, resultando por tanto excluida la preterición. En efecto, en estos casos nos podremos encontrar con un no preterido premuerto que ha dejado descendencia no contemplada por el testador y para agravar más la situación, no existe nominación testamentaria en la que incluir la de los descendientes. En principio, como bien apunta este autor, no se podrán considerar preteridos ya que es preceptiva la aplicación del artículo 814.3º, que considera inexistente la preterición. Sin embargo, la inexistencia de una nominación testamentaria del no preterido en la que incluir a sus descendientes, impediría el efecto práctico de la aplicación de la norma, es decir, considerar no preterido a sus descendientes.<sup>690</sup>

Además, la no atribución de contenido alguno, a lo sumo la legítima, supone que si se hubiese dejado al instituido premuerto, una porción que excede de la legítima, en el exceso, se habrá de abrir la sucesión intestada, lo cual produciría un resultado contradictorio a lo pretendido con el precepto. Efectivamente, si la *ratio* del mismo radica en justificar que no existe preterición, resulta contradictorio admitir una tesis cuyos efectos sean precisamente idénticos a los ocasionados por la actualmente denominada preterición no intencional, a saber, la apertura de la sucesión abintestato.

Asimismo, esta solución resultaría poco acorde con la voluntad testamentaria manifestada en el testamento, ya que la apertura de la sucesión intestada produciría una

---

<sup>690</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 342 y 343.

redistribución de las cuotas hereditarias asignadas modificándose así la *voluntas testatoris*.<sup>691</sup>

Centrándonos en las dos principales vertientes doctrinales existentes al respecto: representación-sustitución vulgar, debemos significar lo siguiente:

Partiendo de la expuesta *ratio* de la norma, que no era otra sino la de evitar la preterición de los descendientes de un descendiente premuerto, que son, a su vez, legitimarios, se ha establecido que ésta vendría a constituir una sustitución vulgar tácita o con otra terminología, el derecho de representación sucesoria. Sin embargo, esta disyuntiva no es puramente terminológica dada la distinta estructura de la sustitución y la representación.

En efecto, a la vista del texto legal, la utilización del término “*representan*” ha llevado a muchos autores de nuestra doctrina a afirmar que éste ha venido a introducir el derecho de representación en la sucesión testada.<sup>692</sup> En este sentido se manifiesta DELGADO ECHEVERRÍA, quien afirma con acierto que “se introduce el derecho de representación en la sucesión testamentaria (...) Se evitan con ello muchos casos de preterición no intencional, ahora más probables al ser legitimario del abuelo el hijo no

---

<sup>691</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 343.

<sup>692</sup> Dentro de esta corriente doctrinal destacan, entre otros, autores como: J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, *cit.*, 1981, Barcelona, Bosch, pág. 60; J. DELGADO ECHEVERRÍA, “La reforma en el Derecho de Sucesiones”, en J. L. LACRUZ BERDEJO, *El nuevo régimen de la familia, II*, Edit. Civitas, 1981, Madrid, págs. 194 y ss.; T. GIMÉNEZ DUART, “Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas”, *RDN*, abril-junio, 1985, págs. 154 y ss.; M. ALBALADEJO GARCÍA, “Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido”, *AC.*, 1988-1, págs. 1194 y 1195; *vid. también*, “La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código civil)”, *AC*, nº 28, 2003, págs. 754 y ss., donde, en relación al artículo 814.3º Cc, afirma rotundamente que el puesto del que no sucede es ocupado por sus descendientes en virtud del derecho de representación; VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 286 y ss.; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 940 y ss.; J. A. COBACHO GÓMEZ, “Notas sobre la preterición”, *RDP*, 1986, págs. 416 a 418; J. M. REY PORTOLÉS, “Comentario a “vuela pluma” de los artículos de Derecho sucesorio reformados por la ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”, *RCDI*, núm. 549, 1982, págs. 355 a 357. Contrario a entender que el artículo 814 instituye un derecho de representación sucesoria se encuentra J. PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2677 y ss., quien, contrario también a entender que lejos del derecho de representación se trata de una sustitución vulgar tácita, desarrolló la teoría analizada *supra*.

matrimonial del hijo del testador, y ésta parece haber sido la intención del testador”.<sup>693</sup> Esta opinión es compartida por autores como LACRUZ BERDEJO, si bien, como veremos en párrafos posteriores existen ciertas particularidades en cuanto a los efectos y extensión, el derecho de representación en la sucesión testada prevista por este precepto.<sup>694</sup>

No obstante, y pese a la claridad del precepto en su específica referencia a la “*representación*”, se ha pensado que la citada representación, al estar inmersa en el seno de una sucesión testamentaria, viene a constituir prácticamente, una verdadera sustitución vulgar establecida por la ley para el supuesto de premoriencia.<sup>695</sup> En este sentido se manifiesta BOLÁS ALFONSO, quien considera que el legislador no ha empleado con rigor técnico el término “*representan*”, que no hace sino establecer una sustitución *vulgar ex lege* a favor del descendiente del no preterido respecto del contenido atribuido testamentariamente al mismo. Añade, al respecto que, el legislador, lejos de perseguir la precisión terminológica, lo que busca es la “*claridad, la facilidad de comprensión popular*”, de modo que el término *representan* es utilizado en sentido vulgar como sinónimo de “sustituyen”.<sup>696</sup> Por el contrario manifiesta REY PORTOLÉS, que si bien se ha aceptado aquí, la tesis de la sustitución vulgar tácita, se ha hecho “presumiendo *iuris et de iure* la voluntad de sustituir y utilizando en lugar de ese verbo el de representar, con la ventaja de que así el supuesto legal nunca comprenderá el *casus*

---

<sup>693</sup> J. DELGADO ECHEVERRÍA, “La reforma...” *cit.*, pág. 194.

<sup>694</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO: *Elementos... cit.*, 1981, pág. 60. Mantienen esta misma tesis, entre otros: J. M<sup>a</sup>. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios... cit.*, págs. 1032 y 1033. En defensa de esta teoría, afirma J. M. GARCÍA MORENO (“La preterición de herederos forzosos en el Derecho Común tras la reforma de 1981”, *AC*, t. IV, 1995, pág. 903) que la misma vendría avalada no sólo por la literalidad del precepto, sino, “*en definitiva porque el derecho de representación no es absolutamente incompatible con la sucesión testada si el legislador así lo estima*”, M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 358. También M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*Compendio... cit.*, págs. 207 y ss.).

<sup>695</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA (La sucesión del descendiente...” *cit.*, págs. 758 y 761 y ss.) critica esta teoría que entiende que se debe a una idea errónea de la diferencia entre representación sucesoria y sustitución, o al menos, a la idea errónea de que la representación tan sólo se da en la sucesión intestada.

<sup>696</sup> J. BOLÁS ALFONSO: *op. cit.*, págs. 205 a 207.

*noluntatis*”<sup>697</sup> por lo que viene a establecer este autor que, debido a la exclusión del repudio, se trataría de una auténtica representación en sentido técnico.

Sin embargo, la terminología legal utilizada en el artículo 814.3 no debe entenderse censurable, ya que como afirma GIMÉNEZ DUART, “técnicamente una sustitución *ex lege* no es tal sustitución, sino que constituye un derecho de representación”, y añade al respecto que: “no resulta acertado el paralelismo establecido entre sustitución es a sucesión testada lo que representación es a sucesión intestada, sino que la equivalencia adecuada debe formularse en los siguientes términos: sustitución es a previsión del testador, lo que representación es a previsión del legislador. Siempre que el causante prevé un llamamiento “*si heres non erit*” habrá una sustitución, pero si esa misma previsión procede del legislador (...), se estará en presencia de un derecho de representación.”<sup>698</sup>

Efectivamente, la específica referencia a la representación por la norma es clara. La terminología utilizada por el mismo no deja duda al respecto, y si bien este argumento es de escasa consistencia, es preciso tenerlo en cuenta, habida cuenta que, el legislador tuvo ocasión de modificar la expresión cuando se presentó en el Congreso de los Diputados, la enmienda 500 proponiendo la siguiente redacción: “Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, ocuparán su lugar en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”. Sin embargo, el hecho de que este texto no hubiera triunfado, ha llevado a afirmar, con razón, que “resulta significativo que dicha enmienda no prosperase, lo cual muestra que la expresión se ha utilizado en sentido técnico”.<sup>699</sup>

Por su parte, VATTIER FUENZALIDA entiende que la tesis que aboga por el derecho de representación resulta más ajustada, entre otras cosas, porque no debe

---

<sup>697</sup> J. M. REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pág. 357.

<sup>698</sup> T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 156.

<sup>699</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, nota 102, pág. 286. En contra se manifiesta J. BOLÁS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 206, quien niega el rigor técnico de la expresión utilizada por el legislador.



olvidarse que “la sustitución no puede tener cabida aquí, ya que la premuerte del legitimario no preterido impide la existencia de la delación sucesiva que es propia y característica de aquélla; hay más bien una representación, puesto que los descendientes del premuerto suceden indirectamente y deben imputar y colacionar, seguramente en los términos del artículo 1038”.<sup>700</sup> En la misma línea, ALBALADEJO considera aventurado, cuando a una cosa se le llama por el nombre que le corresponde, decir que no es lo que se le llama sino otra figura.<sup>701</sup>

Por otra parte, presumir *iuris tantum* la existencia de una sustitución vulgar supone el esfuerzo añadido de interpretar la voluntad del testador para averiguar si ha querido la institución de la estirpe, lo cual no establece el artículo 814.3. Este precepto, que no da pie a la posible interpretación del testamento ya que, más que una norma interpretativa, se trata de una norma integradora, que no excluyente, de la voluntad del causante, por la que se llama a la estirpe a llenar la laguna testamentaria generada por la falta de previsión específica de este.<sup>702</sup>

Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO<sup>703</sup>, considera que la solución de estimar que representar equivale a sustituir vulgarmente en el contenido atribuido testamentariamente no sólo adolece de rigor terminológico sino que “resultaría algo fuerte en el supuesto de que el hijo premuerto del causante hubiera sido mejorado en el tercio íntegro e incluso en el de libre disposición y no hubiese dejado hijos matrimoniales, sino tan sólo no matrimoniales, desconocidos o rechazados por el testador. (...)”.

---

<sup>700</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 286 y 287.

<sup>701</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión del descendiente...” *cit.*, págs. 763 y ss. Concluye su exposición el autor con dos ideas interesantes: por un lado que “la suplencia de un heredero por otro puede estar dispuesta como sustitución o bien como representación; otra, que ésta la puede establecer el testador o la ley (que es el caso del artículo 814, párrafo penúltimo), pero que aquélla no hay ningún caso en que la establezca la ley.”

<sup>702</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 349, 360.

<sup>703</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios Edersa últ. cit.*, pág. 181.

El derecho de representación no debe entenderse incompatible con la sucesión testada.<sup>704</sup> El propio Código civil establece su aplicación para los supuestos de desheredación e indignidad, en el que entendemos, hay testamento<sup>705</sup>. En efecto, los artículos 857 y 761 Cc, respectivamente, prevén expresamente el derecho de representación para ambos casos, si esto es así y es aceptado por la doctrina, ¿qué razón hay para no admitirlo en el supuesto de premoriencia? ¿Qué razón hay que apoye una mejor situación a los descendientes del desheredado o incapaz sobre los descendientes del premuerto? Admitir esto como válido, entendemos que se trata de una solución cuanto menos injusta, habida cuenta que no parece que la situación del descendiente del desheredado o indigno deba ser mejor que la del descendiente del no preterido que haya premuerto al testador.

Y no es incompatible con la sucesión testada, en contra de lo afirmado en un principio por DE LA CÁMARA,<sup>706</sup> manifestando que: “(...) a falta de una norma legal que de un modo expreso y categórico así lo disponga, no cabe entender que el derecho de representación se da también en la sucesión testamentaria”, porque el legislador así lo entiende. En efecto, observando los problemas planteados por la premoriencia de un legitimario instituido heredero que dejaba descendencia, intenta resolver el problema introduciendo, precisamente esa norma expresa y categórica a la que el citado autor hacía referencia en el artículo 814.3.<sup>707</sup>

---

<sup>704</sup> En este sentido, M. ALBALADEJO GARCÍA, (“La sucesión del descendiente...” *cit.*, págs. 761 y 762) concluye que el derecho de representación “no es algo insólito en la sucesión testada (...) Simplemente es un caso de sucesión que corresponde que se dé siempre que concurren las circunstancias en que procede. Lo que es el caso del art. 814”.

<sup>705</sup> Al menos lo hay siempre en el supuesto del artículo 847 Cc relativo a la desheredación, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 849 Cc: “*La desheredación sólo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde*”. En lo que respecta a la indignidad, es posible que no se haya hecho testamento precisamente por ser el testador conocedor de la concurrencia de alguna de las causas de indignidad establecidas por la ley.

<sup>706</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 86 y ss. El autor cambia posteriormente de opinión al manifestar que, tras la reforma de 13 de mayo de 1981, “únicamente y por excepción, el artículo 814 otorga el derecho de representación a los descendientes de un descendiente que hubiera sido preterido en el testamento, sin que ellos, a su vez, se entiendan preteridos” (*Vid. Compendio... cit.*, págs. 53 y 207 y ss.).

<sup>707</sup> En este sentido se manifiestan T. GIMENEZ DUART, *op. cit.*, pág. 156 y M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 359.

Puede afirmarse, por tanto, que nos encontramos ante una norma permisiva de la representación en la sucesión testamentaria para el caso específico que contempla y sólo para tal supuesto, ya que si el legislador hubiera querido introducir un derecho de representación de carácter general en la sucesión testada, lo habría realizado regulando el supuesto en la sección propia de la representación sucesoria, es decir, en el Libro III, Título III, Capítulo III, Sección tercera, y no en un precepto que pretende proporcionar un título de atribución a los herederos forzosos que de modo ilegítimo ha sido excluidos de la sucesión.

Por ello, debe entenderse que la inclusión de la representación en el artículo 814 implica que sólo ahí se admite la representación y con una finalidad muy específica, que es, como señalamos anteriormente, evitar un supuesto de preterición.

En conclusión, manifiestan con acierto LANZAS GALVACHE Y RODRÍGUEZ LÓPEZ que “lo establecido por el artículo 814.3º es un auténtico derecho de representación, bien que especial, y limitado a los casos contemplados, pero sujeto en cuanto a su extensión y efectos a los propios de aquel derecho”.<sup>708</sup>

#### *A) Supuestos de hecho del artículo 814.3º*

Admitida la existencia de un derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada, si bien con ciertas peculiaridades, es preciso determinar, en primer lugar, a qué supuestos de hecho será de aplicación la norma.

Se trata de analizar, en este apartado, si el precepto es aplicable tan sólo a los supuestos de premoriencia, o si por el contrario, debe extenderse además a los de desheredación e indignidad del descendiente intermedio; duda ésta que se encuentra

---

<sup>708</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 947.

justificada toda vez que la Ley no especifica el ámbito del supuesto ni lo limita a la premoriencia.<sup>709</sup>

La mayor parte de nuestra doctrina coincide en la aplicación del artículo 814.3º Cc únicamente a los supuestos de premoriencia del mencionado descendiente, excluyendo del mismo los supuestos de desheredación e indignidad, que deberán solucionarse por la vía de los artículos 857 y 761 Cc<sup>710</sup>. Sin embargo, esta corriente no llega a ser unánime al existir autores que por el contrario entienden que, dado el tenor literal del precepto, que no distingue entre los distintos supuestos, éste debe dar cabida tanto a los casos de premoriencia, como indignidad o desheredación del descendiente intermedio<sup>711</sup>.

---

<sup>709</sup> El supuesto de renuncia del instituido no será tratado, ya que, como se determinó en este trabajo, el derecho de representación sucesoria no es de aplicación a los supuestos de renuncia por aplicación del art. 923 Cc. Así, si bien es cierto que podría pensarse que el artículo 814.3º Cc es de aplicación al caso de renuncia, ya que sólo puede renunciar quien ha sido llamado, es decir, no preterido, es preciso señalar que la norma está insertada en un sistema que veda la representación a favor de los descendientes del que renuncia a la herencia, de modo que los descendientes del renunciante, ni representan en la herencia al causante, ni pueden considerarse preteridos porque no llegan a ser legitimarios. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 124, nota. 141).

<sup>710</sup> TORRES LANA, “Reforma de familia y sucesión “mortis causa”, *Documentación Jurídica*, Vol. I, Madrid, 1982, pág. 336; C. VATTIER FUENZALIDA, *op.cit.*, pág. 284 y sig.; J. A. COBACHO GÓMEZ, “Notas...”, *cit.*, pág. 418. añade este autor que el derecho de representación establecido por el artículo 814.3 tiene lugar, además de en los supuestos de premoriencia, en los casos de ausencia o declaración de fallecimiento, págs. 418 y sig.; T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 161; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos ... cit.*, 1981, págs. 60 y 526; J. DELGADO ECHEVERRÍA, *op.cit.*, pág. 194; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op.cit.*, págs. 942 y 943, señalan estos autores como requisitos esenciales para la aplicación del precepto, no sólo que “uno de los herederos del testador, no preterido premuera a éste, dejando a su vez descendientes (...)”, sino que señala además que “es necesario que, naturalmente, el testador no haya previsto la premoriencia a través de una sustitución vulgar”; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*Compendio... cit.*, págs. 207 y 208) afirma al respecto que ni el desheredado con justa causa ni el indigno son sujetos preferibles; J. Mª MIQUEL GONZÁLEZ, parece admitirlo implícitamente, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, cit.*, pág. 1302; M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión del descendiente...”, *cit.*, págs. 755 y 756.

<sup>711</sup> En este sentido se manifiestan autores como J. M. REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pág. 356, quien manifiesta que “(...) los casos en que se pueden cumplir las previsiones desencadenantes del artículo 814.3, son los de premoriencia, indignidad y desheredación, aunque en estas dos últimas hipótesis, la representación se ciña a la condición de legitimario que ostentaba el representado y sólo pueda conducir a la porción legitimaria que teóricamente le hubiera correspondido”; J. PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2682, 2683; J. BOLÁS ALFONSO, *op.cit.*, págs. 207 (implícitamente) y LINARES NOCI, “La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981”, *RCDI*, septiembre-octubre, 1988, pág. 1563.

En nuestra opinión, razones fundamentalmente de orden histórico, así como otras basadas en la interpretación gramatical de la norma, fundamentan la primera de las posturas citadas.

En efecto, antes de la reforma de 1981, la falta del legitimario no preterido por el testador daba lugar a los siguientes efectos: por un lado, si éste había sido desheredado<sup>712</sup> o resultaba indigno, sus descendientes, por aplicación de los artículos 857 y 761 Cc respectivamente, lo representaban en la legítima y, por tanto, tenían derecho a recibir los bienes hereditarios, de tal suerte que su cuota legitimaria debía quedar cubierta. Sin embargo, si el legitimario no preterido había premuerto al testador, entonces, ante la ausencia de normas que de manera análoga a las señaladas previeran esta situación sus descendientes se consideraban preteridos siendo de aplicación las normas generales de la citada figura.

De este modo, a pesar de la inexistencia de datos claros al respecto, es muy probable que de no haberse planteado el problema de la premoriencia con anterioridad al 81, no existiría en la actualidad una norma como la estudiada.<sup>713</sup> Por ello, ha de entenderse que el artículo 814.3º viene a resolver un problema existente antes de la reforma del 81, en relación con la premoriencia del legitimario no preterido, y no a regular de nuevo situaciones que ya están previstas en el Código civil, por lo que resulta acertado mantener que el único supuesto de aplicabilidad de la norma lo constituye la premoriencia del descendiente no preterido.<sup>714</sup>

Así pues, “la norma del artículo 814.3º está dictada pensando en el supuesto de premoriencia que es el que daba lugar a pretericiones imprevistas con arreglo a la anterior redacción del artículo 814. La estirpe del indigno o desheredado ya venía

---

<sup>712</sup> Es preciso señalar que nos referimos aquí a la desheredación justa, ya que la desheredación injusta goza de su propio régimen previsto en el artículo 851 Cc

<sup>713</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 121.

<sup>714</sup> En este sentido J. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 194; TORRES LANA, *op. cit.*, pág. 336; J. L. LACRUZ BERDEJO *Elementos... cit.*, 1981, págs. 60 y 526; C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, págs. 284 y ss.; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 492.

contemplada en los artículos 761 y 857, era la situación de la estirpe del premuerto la que había que regular”.<sup>715</sup>

En lo relativo al sentido gramatical del precepto en cuestión, éste ha sido redactado en términos amplios sin realizar distinción alguna entre los posibles supuestos a tener en cuenta. En efecto, el precepto reza así: “*Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representarán a éste (...)*”, de tal suerte que si es preciso para la aplicación del mismo que el descendiente de primer grado no haya sido preterido, entonces podría tener cabida en su órbita de aplicación el desheredado y el indigno, puesto que ni uno ni otro lo están. Ello llevaría a concluir que, del tenor literal del artículo 814.3º, éste comprende los tres supuestos de premoriencia, desheredación e indignidad.<sup>716</sup> Sin embargo, y en lo que respecta al desheredado, la desheredación justa excluye, por definición, que entre en juego la preterición, ya que no implica una omisión del heredero forzoso, sino que éste es privado de su legítima por alguna de las causas previstas por la ley. Así pues, el legitimario afectado por aquélla no se considerará, un preterido sino un desheredado, de tal suerte que se encuentra sometido al régimen de la desheredación y no al de la preterición.<sup>717</sup>

La misma conclusión ha de sacarse en lo relativo a la indignidad. Así, el indigno no ha sido preterido porque no es preterible,<sup>718</sup> ya que carece de derecho sucesorio alguno. Por todo ello, no es admisible mantener la existencia de la obligación legal de

---

<sup>715</sup> T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 161.

<sup>716</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 122 y 123. Este es el fundamento en el que se basan los que apoyan el artículo 814.3 en un sentido amplio, entre este sector doctrinal se encuentran autores como: J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios Edersa*, 1982, págs. 179 y ss.; J. BOLÁS ALFONSO, *op. cit.*, pág. 207; J. PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2682 y ss.; LINARES NOCI, *op. cit.*, pág. 1563.

<sup>717</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio...*, *cit.*, pág. 209; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 122. Apunta este autor, en la nota núm. 137 al régimen propio por el que se rige el desheredado injustamente, a saber, los artículos 851 y ss. Cc añadiendo que si bien la desheredación injusta y la preterición intencional presentan perfiles muy similares lo cual ha llevado a que antes de la reforma del 81 varios autores propusieran la asimilación de ambas. Ello no afecta a la norma aquí estudiada por cuanto se refiere exclusivamente a la desheredación justa. En el mismo sentido, T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 160.

<sup>718</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 123; T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 160; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas... cit.*, I, pág. 628 y *Panorama...II, cit.*, pág. 469.

incluir en la sucesión a una persona que carece legalmente de derecho a participar en ella. En efecto, como bien manifiesta VALLET DE GOYTISOLO<sup>719</sup>, “(...) no parece razonable que la falta de mención del hijo indigno pueda influir en la calidad y la cuantía de los derechos que la ley concede a su estirpe, de modo especial y precisamente en compensación parcial de la pérdida de los derechos de aquél. Y negando que en caso de ser mencionado el hijo indigno haya preterición de su estirpe, a pesar de no haber sido mencionada ésta, no vemos base para aplicar otra solución distinta al caso de no haberse mencionado al hijo indigno, por ser intrascendente su preterición y puesto que los derechos de su estirpe discurren por el cauce del artículo 761 Cc”.

Sin embargo, no se puede obviar la existencia de otros preceptos, más antiguos y que es preciso poner en relación con el artículo 814.3º para aclarar esta situación, a saber, los artículos 857 y 761 Cc

El artículo 814.3º establece una hipótesis general: la falta en la sucesión de un legitimario no preterido, con unas consecuencias concretas: *“representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos”*, que operaría para los tres supuestos (premorienza, desheredación e indignidad) en defecto de normas que establezcan algo distinto. Sin embargo, esto es precisamente lo que ocurre con los artículos 761 y 857 Cc. Estos preceptos sancionan unos resultados distintos para los legitimarios de ulterior grado que llegan a serlo como consecuencia de la desheredación o de la indignidad del ascendiente intermedio, reduciendo su participación en la herencia a la legítima.<sup>720</sup> Ambos preceptos son más específicos que el artículo 814.3º y no contradictorios con su contenido, sino delimitadores del mismo. Por ello, resultan de aplicación preferente frente a la regla general establecida por este último que quedaría

---

<sup>719</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios Edersa, cit.*, 1982, pág. 180.

<sup>720</sup> Art. 761 Cc: *“Si el excluido de la herencia por incapacidad fuere hijo o descendiente del testador, y tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima”*.

Art. 857 Cc: *“Los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima”*.

reservado, según opinión mayoritaria de la doctrina y que aquí se comparte, para el caso de premoriencia.<sup>721</sup>

Para finalizar, conviene resaltar, que junto con el supuesto de premoriencia como el único al que habrá de aplicarse la norma estudiada, deben añadirse los supuestos de declaración de fallecimiento y el de ausencia del representado<sup>722</sup>.

El artículo 814.3 es de aplicación, claramente al supuesto de declaración de fallecimiento del representado. En efecto, si entendemos por declaración de fallecimiento la “resolución judicial mediante la cual se considera muerta a la persona desaparecida, es decir se trata de una presunción de muerte de una persona”<sup>723</sup> los efectos deben ser los mismos. Consecuentemente, si se entiende que el artículo 814.3º Cc es de aplicación al supuesto de premoriencia del descendiente del causante, la misma solución habrá de aplicarse en el supuesto de declaración de fallecimiento por cuanto, como manifestó el profesor LETE DEL RÍO, “la declaración de fallecimiento permite que se produzcan los mismos efectos jurídicos que con la muerte comprobada”, si bien eso sí, “estos tienen una cierta provisionalidad, en cuanto que no se excluye la posibilidad de que la persona viva y se presente”.<sup>724</sup>

---

<sup>721</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 126 y 127. Este autor critica la postura planteada por J. PINTO RUIZ (*op. cit.*, págs. 2683, 2685 y ss.), quien mantiene que en el supuesto de premoriencia, la representación se limita a la legítima, ya que así lo exige una contemplación conjunta de los artículos 814.3, 761 y 857, manifestando que “ello sólo ocurre en los dos últimos y como excepción frente al principio general recogido en el primero de tales artículos”. Asimismo, continua su crítica a este autor que cree que yerra cuando manifiesta que: “el artículo 814.3 está en blanco con respecto a la generalidad de los derechos sucesorios del ulterior descendiente, al que simplemente reputa no preterido o a lo sumo le atribuye la legítima, y nada más, pues de ser determinante al ser a la vez de regulación única el contenido común para los tres casos(...) sólo puede ser el propio de la legítima, dado que así lo disponen taxativamente los artículos 857 y 761 del Código civil, redactados por la misma Ley reformadora del artículo 814 del Código civil” afirmando, con respecto a la generalidad de los derechos sucesorios del ulterior descendiente “que el artículo no está tan en blanco porque es suficiente a tales efectos con la alusión que contiene al derecho de representación para que, puesto en relación con los artículos 924 y sigs. CC, esos derechos queden perfectamente determinados (...)”

<sup>722</sup> J. A. COBACHO GÓMEZ, “Notas...”, *cit.*, pág. 418; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 122, nota 135.

<sup>723</sup> J. M. LETE DEL RÍO, *op. cit.*, pág. 209.

<sup>724</sup> J. M. LETE DEL RÍO, *op. cit.*, págs. 209 y 210.



Por su parte, en lo relativo a la ausencia declarada, ha de mantenerse la misma solución. En efecto, partiendo de la ya manifestada tesis favorable a la existencia del derecho de representación cuando tiene lugar la citada ausencia,<sup>725</sup> y habiendo admitido también que el artículo 814.3 Cc establece un verdadero derecho de representación; ha de concluirse que, sí hay personas en el citado precepto con derecho propio a reclamar la porción que hubiera correspondido al ausente. Consecuentemente, en virtud del artículo 191 Cc, que establece: “*Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, abierta una sucesión a la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste a sus coherederos, al no haber persona con derecho propio para reclamar*”, los descendientes del ausente tendrán preferencia a reclamar la porción que hubiera correspondido a éste en virtud del derecho de representación que les concede el artículo 814.3, el cual tendrá preferencia sobre el derecho de acrecer.<sup>726</sup>

*B) Alcance subjetivo del artículo 814.*

La doctrina es unánime al admitir que esta representación rige en la línea recta descendente exclusivamente, pero no se da en la línea colateral. La dicción del precepto es clara al respecto toda vez que al citar expresamente a los “*descendientes de otro descendiente que no se considera preterido*”, limita el campo de aplicación del derecho de representación previsto en la citada norma a la línea recta descendente por naturaleza y por adopción.

Por tanto, a diferencia de lo establecido en el artículo 925 Cc para la sucesión intestada, quedan excluidos de la aplicación de la norma, los parientes del causante por

---

<sup>725</sup> I. SERRANO Y SERRANO, *La ausencia ... cit.*, pág. 243 y 244, es partidario de esta tesis favorable, manifestando al respecto que “el único obstáculo, que es el artículo 929 prohibiendo suceder por representación de persona viva, no es tan absoluto que no tenga las excepciones que el propio artículo contiene, y además no se trata de representar a una persona viva, en el caso que nos ocupa, sino a una persona que puede resultar viva, pero que, en la inmensa parte de los casos no lo resultará.(...)”.

<sup>726</sup> En este sentido se manifiesta C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 122, nota 135.

línea colateral. Ello se explica porque los sobrinos carecen de la condición de legitimarios, y por tanto, no son susceptibles de preterición.<sup>727</sup>

Esta cuestión resulta obvia pues, como bien exponen LANZAS GALVACHE Y RODRÍGUEZ LÓPEZ<sup>728</sup>, el precepto se refiere a “los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido” por lo que se fija la necesaria cualidad de heredero forzoso del mismo, por lo que no sería posible aplicar el derecho de representación si no existiera dicha cualidad.

No obstante lo expuesto, ello puede conducir, a juicio de ALBALADEJO<sup>729</sup> a resultados injustos, en relación con los parientes colaterales. En este sentido, se plantea este autor, el supuesto de que una persona sin descendientes ni ascendientes teste nombrando herederos a sus hermanos y que, de no heredar uno de estos, sus hijos, sobrinos del testador, no le representan acreciendo la herencia a los demás hermanos, sin que tal sea la voluntad del testador que ha muerto bajo tal disposición por olvido, ignorancia o dejadez.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>730</sup>, manifiesta que el artículo 814.3º no es el lugar adecuado para introducir una regla como la propuesta por ALBALADEJO en el párrafo anterior, ya que el precepto no se dirige a resolver un problema de representación sucesoria, sino que introduce esta figura con la única finalidad de evitar un problema de preterición, en el que por definición los colaterales, al carecer de la condición de legitimarios, no tienen cabida.

Por otra parte, en cuanto a los ascendientes y el cónyuge viudo, si bien tras la ampliación del círculo de sujetos preteribles, éstos han pasado a formar parte del

---

<sup>727</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op.cit.*, pág. 138; C. VATTIER FUENZALIDA, *op.cit.*, pág. 288.

<sup>728</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op.cit.*, pág. 941

<sup>729</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1982, pág. 72.

<sup>730</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op.cit.*, pág. 139, nota nº. 167.

mismo, a ellos no es objeto de aplicación esta institución, no sólo por la dicción literal del artículo 814.3º, del que se deduce claramente que no piensa en ellos, sino también por analogía con el artículo 925 Cc que dispone literalmente que: *“el derecho de representación tendrá lugar siempre en línea recta descendente, pero nunca en la ascendente”*.<sup>731</sup>

En conclusión, hay que entender que “la representación que nos ocupa se extiende, indefinidamente, de generación en generación, en la línea recta descendente comprendiendo a todos los descendientes por filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva plena”<sup>732</sup>. En efecto, La norma no establece ningún límite al respecto, por lo que habrá de entenderse igualmente aplicable al supuesto de que habiendo sido nombrado el nieto en el testamento por haber premuerto su padre, hijo del testador, aquél le premuere dejando a su vez descendencia en línea recta que no ha sido nombrada en el testamento. Es decir, el precepto es aplicable a la línea recta descendente sin límite de grado.

Además, es preciso, no sólo que estos descendientes hayan premuerto al testador, sino que se requiere que no hayan sido preteridos. Para ello, entiende VALLET DE GOYTISOLO<sup>733</sup> que es necesario que el sujeto sea preterible, resultando cuestionable la aplicación de la norma al supuesto del el hijo premuerto que deja descendientes, que si bien no ha sido mencionado en el testamento, no es preterido por haber muerto antes de la fecha de su otorgamiento. Ante este supuesto concluye este autor que no sería de aplicación el artículo 814.3 Cc En efecto, el hijo del testador premuerto antes de que éste hiciera testamento no era preterible, “consecuentemente,

---

<sup>731</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op.cit.*, pág. 288.

<sup>732</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op.cit.*, págs. 288 y 289; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op.cit.*, pág. 953.

<sup>733</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama... cit. I*, pág. 470; *Comentarios Edersa, cit.*, 1982, Madrid, pág. 179.

quienes tenían la consideración de herederos forzosos al otorgarse el testamento eran ya “los descendientes del descendiente” como dice el artículo 814”.<sup>734</sup>

Si bien es cierto que la *ratio* del precepto, en el momento cronológico en el que fue creado, descansaba en evitar la preterición, también es preciso tener en cuenta, que dicho momento histórico requería una rápida solución por cuanto pasaban a ser legitimarios sujetos que hasta entonces no lo eran y consecuentemente, aumentaban los problemas de la preterición. No obstante, este precepto, tal y como fue redactado adquirió una mayor trascendencia por cuanto abrió la puerta a la admisión dentro de la sucesión testamentaria de una institución que hasta el momento carecía de aplicación en la citada sucesión, si bien, de *lege ferenda* ya había sido propuesta por parte de nuestra doctrina. Así, el sujeto que muere antes que el testador haya otorgado testamento, se encuentra dentro del campo de aplicación de la norma toda vez que éste no ha sido preterido. En caso contrario, no sería de aplicación el artículo 814.3 Cc, sino las reglas generales que rigen los efectos de la preterición cuya exclusión constituye, como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, la *ratio* de la norma.

Por el contrario, el representante debe estar, en principio preterido, la naturaleza de la preterición dependerá de la que haya sido objeto su padre<sup>735</sup>; si dicha preterición no existiese, entonces pueden ejercitar, por representación, la acción de complemento de la legítima por aplicación del artículo 815 Cc<sup>736</sup>. Así pues, si el testador menciona de

---

<sup>734</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio... cit.*, pág. 209.

<sup>735</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op.cit.*, pág. 289; J. M<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios... cit.*, pág. 1302; J. BOLÁS ALFONSO, *op.cit.*, págs. 230 y ss.

<sup>736</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op.cit.*, pág. 289. Así pues, afirma C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op.cit.*, pág. 163, “Si el testador menciona a dichos legitimarios de ulterior grado en cualquier forma apta para excluir la preterición, al no estar ellos mismos preteridos, no tiene lugar la aplicación del artículo 814.3 CC: v. gr., si el testador los ha incluido como sustitutos vulgares del descendiente intermedio; pero también, por ejemplo, si les ha mejorado o ha dispuesto en su favor de bienes imputables al tercio de libre disposición, además de la atribución efectuada a favor del legitimario de primer grado. Naturalmente, tendrán también derecho a recibir los bienes precisos para completar la legítima que les corresponde, si los que les han sido testamentariamente atribuidos (una vez efectuada la colación en los términos del artículo 1038 Código civil) no son suficientes para ello.”

modo alguno a los legitimarios de ulterior grado, al no estar preteridos no tendrá lugar la aplicación del artículo 814.3º Cc

Nuevamente VALLET DE GOYTISOLO se cuestiona el caso en que el abuelo, al testar habiendo premuerto su hijo, instituye a los hijos de éste omitiendo a otro u otros hijos de cuya existencia no tenía noticia. Con igual perspectiva que la manifestada en relación al supuesto del hijo no mencionado en el testamento por haber premuerto, este autor concluye que no es de aplicación al supuesto el artículo 814.3º Cc<sup>737</sup> Sin embargo, al igual que en el anterior supuesto referido, nada impide que entre en juego el derecho de representación previsto en el citado precepto, ya que se cumplen los requisitos previstos por el mismo. Por otra parte, nos reiteramos en que admitir la solución contraria conduciría a aplicar lo establecido para la preterición y no se conseguiría el fin buscado que es precisamente evitar la aplicación de la misma.

Para finalizar el alcance subjetivo resulta interesante el supuesto estudiado por ALBALADEJO relativo al hecho de que el testador instituya a un nieto no legitimario por vivir su padre, cuando este nieto premuriese al causante. En este caso, manifiesta el autor con razón que los descendientes del nieto premuerto no le sucederían por representación pues el artículo 814.3º sólo es de aplicación a los descendientes instituidos que sean legitimarios. Efectivamente un descendiente que no sea legitimario no puede ser preterido por lo que quedaría fuera del alcance del precepto estudiado.<sup>738</sup>

### *C) Alcance objetivo del artículo 814.3º*

Admitida la existencia de un derecho de representación en el ámbito de la sucesión testada, y silenciado por el artículo 814.3º el *quantum* atribuible al representante, el debate se centra ahora en torno a la porción imputable a los ulteriores descendientes que acceden a la herencia del testador en representación de los descendientes no preteridos del mismo.

---

<sup>737</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios Edersa cit.* 1982, págs. 178 y 179.

<sup>738</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión del descendiente...” *cit.*, pág. 767.

Nuevamente la doctrina no es pacífica a la hora de determinar lo que hayan de recibir los descendientes ulteriores por virtud de la aplicación del derecho de representación establecido a su favor por virtud del artículo 814.3 Cc. Los autores se encuentran divididos entre una opinión amplia, consistente en la defensa de que en tanto en cuanto el precepto introduce un derecho de representación en sentido propio ha de atribuirse a los descendientes los mismos derechos que hubieran correspondido a su ascendiente inmediato, de haber podido heredar,<sup>739</sup> y otra restrictiva que en contra de ésta, circunscribe la representación a la legítima.<sup>740</sup>

Entre ambas direcciones, destaca la posición intermedia mantenida por VATTIER FUENZALIDA.<sup>741</sup> Según este autor el *quantum* que se defiere a los descendientes de ulterior grado *ex* artículo 814.3 Cc es “el que en cada caso resulte de los efectos típicos de la preterición”, manifestando al respecto lo siguiente: los descendientes a los que será de aplicación el precepto se encuentran en principio preteridos, y pueden serlo intencional o no intencionalmente, lo cual producirá resultados diversos. En efecto, en el primer caso se les defiere tan sólo la legítima dada la simple reducción de la institución de herederos que establece el artículo 814.1 Cc. En cambio, si la preterición fuera no intencional el *quantum*, conforme al artículo 814.2, debe comprender la cuota intestada en todo o en parte, según se trate de una preterición no intencional total o parcial. Así pues, en lo que concierne a la legítima, añade este autor, “estaríamos ante una representación puramente analógica en la cualidad de legitimario, igual que la que se presenta en tema de indignidad y desheredación”. Por lo tanto, la única innovación introducida por el precepto en este sentido se reduce a establecer la citada representación analógica en caso de premoriencia y llenar así el vacío legal existente antes de la reforma; sin embargo, en lo relativo a la preterición no

---

<sup>739</sup> En adelante nos referiremos a esta postura con la expresión “representación en la herencia”.

<sup>740</sup> Para referirnos a esta teoría, utilizaremos el término “representación en la legítima”.

<sup>741</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 287; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 954 y ss., manifiestan su desacuerdo afirmando al respecto que, “no comprendemos cómo pueden coexistir dos afirmaciones tan contradictorias: que no hay preterición, pero se aplican sus normas.”

intencional, que da paso a la sucesión intestada, “opera una auténtica representación en sentido técnico”.

Es preciso destacar la falta de coherencia de este autor quien concluye que hay derecho de representación (por lo tanto no se puede hablar en este supuesto de preterición) pero, para determinar el *quantum* habrá de estarse a las normas que regulan la preterición. Asimismo, añadir que mantener esta postura, supondría otorgar a la norma surgida tras la reforma, precisamente los mismos efectos que se pretendió evitar con su nacimiento. Verdaderamente, la finalidad perseguida por la norma ha sido evitar las consecuencias de la preterición de la estirpe del legitimario que falla, todo lo cual se alcanza precisamente colocándoles en el mismo que ocupaba su ascendiente en la herencia del causante. Así pues, si no se les considera preteridos (aunque lo hubieran sido) es precisamente porque se les considera llamados, a pesar de que no lo hayan sido, en la misma medida que lo fue el representado.<sup>742</sup>

En este sentido, RIVERA FERNÁNDEZ<sup>743</sup> manifiesta con acierto que es preciso partir de la finalidad de la norma y la específica resolución que se adopta en la misma. Así pues, tras haber señalado con anterioridad que la finalidad de la norma no era otra que la de evitar la preterición de los descendientes de un descendiente premuerto, al ser éste el único supuesto en el que se podía originar pretericiones imprevistas, ya que el destino de las estirpes del desheredado y del indigno se encontraba ya previsto en los artículos 761 y 857 Cc, añadía que junto al término representan, el artículo 814.3 Cc introduce que: “(...) no se considerarán preteridos”. Ello implica que la preterición existía pero aún así, se entiende que no existe. “Ahora bien, para que no exista preterición es necesario que los descendientes del descendiente no preterido ostenten un

---

<sup>742</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 75 Y 76; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op.cit.*, pág. 951; LINARES NOCI, *op.cit.*, págs. 1568 y ss.

<sup>743</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 368 y 369, concluye la exposición de su tesis añadiendo que: “Es la interpretación global del precepto la que nos lleva a la conclusión expuesta: los descendientes del instituido (descendiente premuerto) deben considerarse instituidos en lo mismo en que lo fue el representado no sólo, señala C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en el aspecto cuantitativo, en relación a la porción atribuida, sino en el ámbito cualitativo adoptando la posición de no preterido y el título atributivo que le correspondía a aquel”.

título apto para hacer valer sus derechos hereditarios en la herencia de su ascendiente”, y ese título será “necesariamente el que ostentaba el descendiente intermedio al representar a éste en la herencia del ascendiente. Por ello, el quantum que proporciona el artículo 814.3º, no puede ser distinto a lo que ese título contenía”.

Merece especial atención también, la posición adoptada por VALLET DE GOYTISOLO al mostrarse inicialmente partidario de la representación en la legítima<sup>744</sup> para, con posterioridad añadir ciertas precisiones aclaratorias que, *a sensu contrario*, parecen colocarle con quienes opinan que se trata de representación en la herencia: “en los casos de que éste haya dispuesto alguna sustitución vulgar expresa, ordenando que juegue el derecho de acrecer o indicando de cualquier otro modo que no tenga lugar la representación legalmente prevista: sus descendientes que, de uno u otro de estos modos, resulten excluidos de ella, no tendrán derecho sino a su legítima estricta”.<sup>745</sup>

La posición doctrinal mayoritaria opta por el sistema que denominamos de representación en la herencia<sup>746</sup>. Quizás, ello se deba a que, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, ésta es la tesis que “mejor se adecua al tenor literal del precepto”.<sup>747</sup>

---

<sup>744</sup> Lo cual se deduce implícitamente en *Panorama..., cit., I*, pág. 470 y expresamente en *Comentarios Edersa* pág. 181.

<sup>745</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama..., cit. II*, pág. 351.

<sup>746</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op.cit.*, págs. 82 y ss.; M. RIVERA FERNANDEZ, *op.cit.*, págs. 368 y 369; J. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pág. 194; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pág. 948, manifiestan que “Si se admita que lo que el artículo 814.3º del Código civil contiene es un supuesto de representación, esto hay que llevarlo hasta sus consecuencias finales. No puede pretenderse que el legislador de 1981 desconozca el alcance del propio derecho de representación por lo que al afirmar que los ulteriores descendientes “representan” al descendiente no preterido, remite necesariamente a la aplicación del artículo 924, que concede a los representantes “todos los derechos que tendría si viviera (...)”. Nada ha de decir contra ello la atribución de derechos contenida en los artículos 761 y 857, en los que el legislador evita la mención explícita del derecho de representación y utiliza otras expresiones menos indicativas, aclarando de forma indubitada, eso sí sus reducidos efectos. (...)”; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos (...) cit.*, 1981, págs. 60 y 526, partidario también de la tesis amplia, sienta al respecto tres conclusiones de gran trascendencia: “1º. La simple representación en la legítima no precisa de un precepto especial que la imponga, pues es un problema ya resuelto por el artículo 807.1º del Código civil... 2º Si para los casos de desheredación e indignidad hay unos preceptos especiales (arts. 761 y 857), es porque en ellos cabía dudar que la sanción afectase conjuntamente a la estirpe. 3º. El precepto del artículo 814.3º no se limita a la legítima, es simplemente una representación en la sucesión testada, predispuesta excepcionalmente para caso de premoriencia y para personas unidas las tres por parentesco en línea recta, de forma que los descendientes del no preterido “recibirán exactamente lo mismo que hubiera recibido su progenitor”; LINARES NOCI, *op. cit.*, pág. 1569; REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pág.



Así pues, manifiestan con razón LANZAS GALVACHE Y RODRÍGUEZ LÓPEZ: “Con el especial derecho de representación, los descendientes del legitimario premuerto reciben la integridad de todo cuanto había de recibir aquél, no pudiendo detraérseles nada (institución, legados o mejoras), ni añadirseles tampoco nada (legados o mejoras o institución a favor de los demás legitimarios o incluso a favor de extraños), salvo por la vía de la reducción por inoficiosidad, en cuanto las disposiciones sean lesivas a la legítima”.<sup>748</sup>

Es de destacar al respecto la tesis intermedia mantenida por DE LA CÁMARA, quien si bien manifiesta no encontrar un argumento de peso que autorice a sostener que el derecho de representación consagrado por la norma deba limitarse a la legítima y, consecuentemente independientemente de que el legislador se hubiera excedido, para bien o para mal, debe darse al término representación “la amplitud que le corresponde conforme a su significado técnico”. No obstante, ve en el último párrafo del artículo 814, una posibilidad de limitar el alcance manifestado, por ejemplo en el supuesto en que el testador hubiera expresado las razones por las que mejoró al hijo premuerto, pues teniendo en cuenta que dichas razones son exclusivamente referidas a éste, parece contrariar la voluntad del testador que los hijos del mejorado sucedan también en la mejora.<sup>749</sup>

---

356 y 357, si bien mantiene que el artículo 814.3 es de aplicación también a los supuestos de desheredación e indignidad, sostiene que la cuota en la que representan, será para el supuesto de premoriencia en toda la herencia, a diferencia de los otros dos, que más restringidos alcanzan tan sólo a la legítima por aplicación de los artículos 761 y 857 Cc; J. A. COBACHO GÓMEZ, “Notas ...”, *cit.*, págs. 418 y 419, quien lo supedita a que el testador no hubiere dispuesto otra cosa en el testamento, en cuyo caso, y por aplicación del último párrafo del artículo 814 Cc, tendrá primacía lo establecido voluntariamente por el testador; T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 160 y 161.

<sup>747</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op.cit.*, pág. 73.

<sup>748</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 943. Entienden estos autores que, precisamente en esto estriba la diferencia entre el derecho de representación y la preterición manifestando al respecto lo siguiente: “(...) las esenciales diferencias existentes entre este especial derecho de representación y la institución de la preterición, que, a nuestro modo de ver, estriban en dos puntos: uno sustantivo, los descendientes del no preterido no recibirán ni más ni menos que lo que aquél había de percibir, y otro formal, pues al no anularse la institución, el testamento conservará íntegra su validez, no siendo necesaria la declaración judicial de herederos ab intestato”.

<sup>749</sup> M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio... cit.*, pág. 209.

A un resultado parecido parece llegar ALBALADEJO, quien partidario de que el representante adquiriera en este supuesto lo que fue dejado a su ascendiente en herencia, no obstante entiende que si el testador hubiera mejorado al hijo premuerto, en este caso, sus descendientes no tendrán derecho a lo que sea mejora para aquél. Así pues, sólo le representan en lo que le correspondía heredar que no fuera mejora, pues esta es personalísima y por tanto intransmisible por cualquier medio, excepto que al mejorar, el causante hubiese previsto que el que ocupara el puesto del mejorado recibiera también la mejora como tal.<sup>750</sup>

Una minoría de nuestra doctrina<sup>751</sup> ha esgrimido, en contra de la representación en la herencia numerosos argumentos:

1) La ubicación sistemática del precepto ha sido pretexto para negar la tesis amplia, por entender que si el artículo 814.3º Cc se encuentra en sede de legítimas (Libro III, capítulo II, sección 5ª), y entre las normas que regulan la preterición, institución ésta de protección de las legítimas; entones resulta imposible invocar que el precepto alcance a cubrir más allá de éstas. En esta línea, se manifiesta PINTO RUIZ, quien lleva más allá su argumento manifestando que “una reforma tan trascendente, cual sería la de introducir como presunta una sustitución vulgar a favor de los hijos del hijo instituido o favorecido se hubiera colocado en su lugar, o sea, en la sección 3ª, destinada a las sustituciones, y no en la 5ª, que regula la legítima”.<sup>752</sup>

Sin embargo, la posición sistemática del precepto no debe de servir de argumento decisivo para limitar el campo de actuación de la representación a la porción legítima. En efecto, la ubicación actual es lógica toda vez que lo que la norma busca resolver no es un problema de representación, sino que lo que resuelve es, a través de

---

<sup>750</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, “La sucesión del descendiente...” *cit.*, pág. 768.

<sup>751</sup> Entre los defensores de la misma destacan, entre otros: J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama...* *cit.*, I, págs. 468 y sig., J. PINTO RUÍZ, *op. cit.*, págs. 2685 y ss.; L. Díez Pícazo y A. Gullón, *op. cit.*, págs. 433 a 436, y 591; BALLESTER GINER, *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, 1989, Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, pág. 165

<sup>752</sup> L. Díez Pícazo y A. Gullón, *op. cit.*, pág. 591; J. PINTO RUÍZ, *op. cit.*, págs. 2682, 2684 y 2686.

ésta, un problema de preterición. Por la misma razón, no resulta propia la ubicación de la norma dentro del ámbito del Código dedicado a las sustituciones.<sup>753</sup>

LANZAS GALVACHE Y RODRÍGUEZ LÓPEZ, tachan de “falaz” el argumento esgrimido, manifestando con acierto que una cosa es que el artículo 814 proteja las legítimas y otra, muy distinta, que sus efectos se ciñan a las mismas. En este sentido, añaden, es posible que el párrafo primero del precepto contenga una estricta protección legitimaria, pero no puede decirse lo mismo del segundo párrafo, relativo a la preterición no intencional de hijos o descendientes, en tanto en cuanto el mismo, “previene como resultado la “anulación de la institución de herederos” e incluso el que se anulen “las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial”. Por tanto, concluyen al respecto que “La protección tiene como base o fundamento las legítimas, pero afecta o puede afectar al contenido patrimonial de todo el testamento”.<sup>754</sup>

En esta misma línea se ha defendido en contra de la admisión del juego de representación que, si realmente se hubiera querido una alteración tan importante que consistiera en la introducción de la aplicación del derecho de representación en la sucesión testada, o una sustitución vulgar presunta, hubiera sido preciso una modificación más amplia y de carácter expreso del Código civil, que como puede observarse, no ha tenido lugar.<sup>755</sup>

En contra de lo expuesto, manifiesta, con razón, MARTÍNEZ DE AGUIRRE que este argumento parece desconocer el fin del artículo 814.3º Cc. En efecto, como ya se ha expuesto, éste no busca introducir el derecho de representación en la sucesión testamentaria sino que pretende eludir los efectos de la preterición. Para ello, se sirvió de admitir el derecho de representación sucesoria en la sucesión testada, no con carácter general, sino “sólo en la hipótesis a que responde el precepto y con las limitaciones ya apuntadas”. Así pues, la norma va dirigida a resolver un problema de preterición, y más

---

<sup>753</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 89.

<sup>754</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 950.

<sup>755</sup> J. PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2684 Y 2686.

concretamente, en relación con los límites de actuación de la misma. Algo distinto es que el legislador se haya servido de la figura de la representación para poner fin al citado problema, viéndose ampliado su campo de actuación con respecto a la situación anterior a la reforma.<sup>756</sup>

2) En segundo lugar, se basan en la disparidad de los derechos sucesorios del heredero forzoso con relación a los del voluntario, habida cuenta que los primeros operan por ministerio de la ley venciendo a la voluntad del testador y los segundos descansan en la voluntad del mismo. Por tanto, no son susceptibles de recibir un tratamiento común; de ahí que lo que contempla el párrafo tercero del artículo 814.3 Cc sea únicamente la porción legítima sin extender su eficacia a la parte libre.<sup>757</sup>

En defensa de esta tesis, se ha añadido que no es admisible que el artículo 814.3 Cc se refiera a la parte de libre disposición, toda vez que el artículo 986 Cc excluye la posibilidad de tal representación al determinar que, “En la sucesión testada, cuando no tenga lugar el derecho de acrecer, la porción vacante del instituido, a quien no se hubiese designado sustituto, pasará a los herederos legitimarios del testador, los cuales la recibirán con las mismas cargas y obligaciones”, ya que, señala PINTO RUIZ, “los efectos propios del derecho de representación sólo pueden conseguirse en la sucesión testamentaria mediante un acto positivo de la voluntad del testador consistente en designar sustituto”.<sup>758</sup>

Este argumento se basa pues en la naturaleza voluntaria de la sucesión testamentaria con relación al tercio de libre disposición, lo cual conlleva a mantener que dicha porción no debe verse afectada por un derecho de representación, de naturaleza legal, que sólo podría afectar a la legítima.

---

<sup>756</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 88. En este sentido se pronuncia este autor quien afirma que “debe quedar claro, por tanto, que el artículo 814.3 no es un equivalente del artículo 467 del Codice de 1942, o de la Ley 309 del Fuero de Navarra: éstos se dirigen a regular el derecho de representación como tal, y más concretamente a determinar su ámbito de aplicación (...)”; *cfr.* J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 947 y ss.

<sup>757</sup> L. Díez-Picazo y A. Gullón, *op. cit.*, pág. 591; J. Pinto Ruíz, *op. cit.*, pág. 2683 y 2686.

<sup>758</sup> J. Pinto Ruiz, *op. cit.*, pág. 2686.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE califica esta consideración de excesivamente teórica concluyendo con acierto la representación en la herencia resulta más acorde con la voluntad del testador, ya que la aplicación de dicha figura a toda la porción hereditaria vacante consigue que el reparto establecido por el causante permanezca intacto, a diferencia de lo que ocurriría si, en virtud del citado artículo 986 Cc, se aplicase el derecho de acrecer, en virtud del cual, la porción vacante acrecería a los coherederos, o si se abriera la sucesión intestada. En efecto, partiendo del supuesto más habitual, a saber, el testador dispone de parte de sus bienes a favor de un legitimario que falla por lo que dicha porción queda vacante, y a falta de disposición testamentaria del propio causante su destino habrá de determinarse, también en lo relativo a la parte libre, “no conforme a una inexistente voluntad del testador, sino necesariamente con arreglo a lo que la ley prevé. Es decir, que el hecho de fallar el designado por el testador, sin otra previsión de este mismo, provoca que la porción a él atribuida, ya sea legítima o parte libre, se defiera de acuerdo con las reglas legales establecidas a tal efecto”. Además, este autor, considera acertadamente, desde cierto punto de vista, que la representación en la herencia resulta más respetuosa con la voluntad del testador manifestada en el testamento. En este sentido, resulta claro que fallado el designado la voluntad del causante sobre la persona a la que debería ir destinada la concreta porción de bienes no puede verse satisfecha, ya que necesariamente, deberá ir destinada a personas distintas; sin embargo, la aplicación del derecho de representación a toda la porción dejada por el testador al que falla consigue que el reparto permanezca ileso, lo cual no ocurriría si se aplicara el derecho de acrecer. Por tanto esta opción interfiere mínimamente en el mecanismo sucesorio dispuesto por el testador, ya que sólo cambian los destinatarios, que serán los descendientes del designado que falla.<sup>759</sup>

3) Desde el punto de vista de VALLET DE GOYTISOLO, las consecuencias de admitir el derecho de representación en la herencia (o sustitución vulgar) en relación

---

<sup>759</sup> Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 96 a 100 y 112 a 114.

con la situación de los descendientes no matrimoniales resultaría algo fuerte en el supuesto de que el hijo premuerto del causante hubiera sido mejorado y no hubiese dejado hijos matrimoniales, sino tan sólo no matrimoniales, desconocidos o rechazados por el testador. Más fuerte aún resultaría la aplicación de esta interpretación si el abuelo testador hubiese previsto, para este caso, el acrecimiento a los demás hijos del testador, hermanos del premuerto.<sup>760</sup>

Argumento que debe ser descartado, ya que la reforma del 81 tiene lugar, precisamente porque se pasan a equiparar las filiaciones matrimonial y no matrimonial reconociéndoles los mismos derechos ante la ley, lo contrario sería anticonstitucional. En efecto, carece de toda coherencia “basar la interpretación del precepto en una discriminación que el texto positivo rechaza claramente; y es conocido que una de las innovaciones del régimen vigente de la preterición es la aparición de nuevos legitimarios preteribles como consecuencia de la igualdad entre la filiación matrimonial y la no matrimonial tras la reforma de 1981”.<sup>761</sup>

En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, a nuestro entender con gran acierto, no considera adecuado interpretar el artículo 814 en función de una categoría de legitimarios “no sólo porque las soluciones deben ser adoptadas en atención a los sujetos contemplados por la norma, sin exclusiones sino porque la interpretación adoptada en función de ciertas categorías de hijos y no de otras no se ajustaría a los mandatos constitucionales”.<sup>762</sup>

Por último, es de señalar que el resultado conseguido no sería adecuado, toda vez que, admitir este razonamiento, supondría limitar el derecho de representación a la

---

<sup>760</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama... cit. I*, pág. 470 y en *Comentarios Edersa últ. cit.*, pág. 181; J. PINTO RUIZ, *op. cit.*, pág. 2684. En la misma línea E. BALLESTER GINER, *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, 1989, Madrid, Revista de Derecho Privado, págs. 151 y 152, quien se basa en contra de que el artículo 814 consagre el derecho de representación sucesoria en que ataca la voluntad del testador y añade al respecto que “éste no puede excluir al legitimario de su legítima, pero mejorarle o dejarle la parte libre si el descendiente tiene la consideración de no matrimonial, incestuoso o adulterino, nos parece como mínimo una solución excesivamente paternalista”.

<sup>761</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 110.

<sup>762</sup> J. M<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios... cit.*, pág. 1303.

porción legítima, tanto de los descendientes no matrimoniales, como la de los matrimoniales, de manera que, “por no beneficiar a los primeros, que constituyen el supuesto menos frecuente de aplicación de la norma, se perjudica a estos últimos, que, con mucho, constituyen el caso más habitual”.<sup>763</sup>

4) Asimismo, se ha recurrido en defensa de la tesis restrictiva, a las presunciones de voluntad manifestando que si el testador no ha establecido una sustitución vulgar es porque no quiso hacerlo y por tanto desea que los bienes sigan un camino diferente, prefiriendo el acrecimiento a la representación. En consecuencia, mantener que tiene lugar el derecho de representación en la herencia supondría ir en contra de la voluntad del testador.<sup>764</sup> Argumento éste que carece de fuerza toda vez que del mismo modo, y en sentido contrario, se ha aducido que el artículo 814.3 Cc presume que el testador al nombrar heredero o legar algo a su hijo o nieto, también ha querido instituir a sus descendientes posteriores para el caso de fallar aquél, de tal suerte que ha de entenderse la representación referida a toda la porción hereditaria.<sup>765</sup>

Es preciso añadir que, ante la existencia del artículo 814.3º Cc, que ordena el derecho de representación para los sucesores del llamado premuerto, el testador que no quiere que éste despliegue su eficacia, y teniendo en cuenta que el propio texto legal da primacía a la voluntad del testador, una vez salvada la legítima; pudo ordenar que no tuviera lugar el derecho de representación por querer un destino distinto para sus bienes.

5) Del tratamiento conjunto de la norma con los artículos 761 y 857 PINTO RUÍZ ha argumentado a favor de la representación en la legítima que “es claro que la norma comentada del artículo 814 del Código civil está en blanco con respecto a la generalidad de los derechos sucesorios del ulterior descendiente, al que simplemente

---

<sup>763</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 110 y 111.

<sup>764</sup> E. BALLESTER GINER, *op.cit.*, pág. 151; J. PINTO RUIZ, *op.cit.*, pág. 2682.

<sup>765</sup> J. M. REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pág. 357; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 949.; C. MARTÍNEZ AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 111 se manifiesta en el mismo sentido plasmando lo peligroso que puede resultar acudir a presunciones de voluntad para solucionar cuestiones como la que aquí se suscita.

reputa no preterido o a lo sumo le atribuye la legítima, y nada más, pues de ser determinante al ser a la vez de regulación única, el contenido común para los tres casos (desheredación, incapacidad o premoriencia) sólo puede ser el propio de la legítima, dado que así lo disponen taxativamente los artículos 857 y 761 del Código civil redactados por la misma ley reformadora del artículo 814 del Código civil.” añadiendo al respecto que lo que el legislador ha querido decir “en el particular mencionado del artículo 814 del Código civil es que a efectos de evitar la preterición basta la mención de la estirpe en cualquier persona de la línea recta descendente a la que representan, a tales efectos de nominación, los sucesivos descendientes en dicha línea” .<sup>766</sup>

Argumento que nuevamente rebatimos, pues como ya se manifestó anteriormente, no es posible el tratamiento conjunto de los tres preceptos toda vez que en el artículo 814.3º, el legislador, al igual que en los otros pudo haber establecido explícitamente la porción sobre la que dicho precepto desplegaría sus efectos, el hecho de no haberlo hecho de este modo, constituye precisamente un argumento para afirmar las diferencias entre ellos.

6) El derogado artículo 141.5 de la Compilación Catalana<sup>767</sup>, declara PINTO RUIZ, puede arrojar luz sobre el asunto, en tanto en cuanto éste, “aborda y resuelve el mismo problema”. Ha de entenderse que, el artículo 814.3 Cc, persigue el mismo efecto que el precepto catalán, a saber, “La conservación del testamento; nunca ampliar el contenido de los derechos del ulterior descendiente, al que por representar (en la legítima) a su ascendiente, bien no se le considera preterido, bien, como dice el texto compilado de Cataluña, no se le permite ejercitar la acción anulatoria por preterición errónea, con lo que queda a salvo la legítima” .<sup>768</sup>

---

<sup>766</sup> J. PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2683 y 2686.

<sup>767</sup> “El descendiente del causante que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido según las normas anteriores no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea si no hubiese podido ejercerlo su representado de haber sobrevivido el causante”.

<sup>768</sup> J. PINTO RUIZ, *op. cit.*, págs. 2683 y 2684.



También este argumento ha de ser rechazado, toda vez que, si bien el anterior artículo 141.5 de la Compilación de Cataluña pretende evitar las consecuencias de la preterición, la regulación del artículo 814.3º, que coincide en ello con aquél, es bien distinta. En efecto, el precepto catalán, no consigue el citado fin a través de la atribución del derecho de representación en la herencia del ascendiente, sino que ha optado por evitar las consecuencias de la preterición sin introducir un mecanismo que justifique institucionalmente este resultado. Por tanto será necesario acudir a otras normas para determinar los derechos del legitimario de ulterior grado. Del tenor literal de la norma se desprende un contenido puramente negativo (*“no tendrá derecho a ejercitar la acción por preterición errónea”*), ya que se limita a negar la posibilidad de ejercitar la acción de preterición y, además, silencia acerca de cuál será la situación jurídica del legitimario, por lo que para determinarla habrá que acudir a las reglas protectoras de la legítima material de modo que *“los derechos del descendiente que resulte ser legitimario por derecho de representación y resulte preterido”* quedarán reducidos a la porción legítima. A diferencia de lo aquí expuesto, en virtud del artículo 814.3 Cc, el resultado que se pretende, *“se consigue desde el punto de vista institucional, a través de la atribución a los “descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido” de un derecho de representación en la herencia del ascendiente (aspecto positivo)”*.<sup>769</sup>

Rebatidos estos argumentos, cabe concluir que el derecho de representación introducido por el artículo 814.3 Cc es de aplicación a la porción de la herencia que corresponde al legitimario no preterido premuerto. En defensa de la tesis amplia, además de lo manifestado hasta el momento, se pueden esgrimir los siguientes argumentos:

1) En primer lugar, es preciso acudir a los antecedentes legislativos y doctrinales del precepto, habida cuenta que, tanto los precedentes doctrinales, como los legislativos del precepto apuntan en la misma dirección y coinciden en proponer para el supuesto de

---

<sup>769</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 86 y 87.

premorienencia del legitimario no preterido el juego del derecho de representación o de un mecanismo similar.<sup>770</sup>

En efecto, en lo relativo a los precedentes doctrinales, conviene recordar las propuestas que de *lege ferenda* habían sido elaboradas por LACRUZ BERDEJO y VALLET DE GOYTISOLO en busca de una solución para el problema planteado por la premoriencia del legitimario llamado que deja descendientes. En este sentido, LACRUZ sugería que, “de *lege ferenda*, lo más práctico sería imponer la representación del padre que premuere, por sus descendientes, en la sucesión del abuelo, manteniendo en cambio, para los casos de desheredación o incapacidad las normas de los artículos 761 y 857”.<sup>771</sup> Con razón, entiende evidente MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que cuando este autor habla de derecho de representación sin atribuirle un contenido y alcance distinto del general, se refiere a los que le son propios, y más aún teniendo en cuenta que más adelante se refiere a la representación en la condición de legitimario y en la legítima, y a la representación en la mejora.<sup>772</sup>

Por su parte, VALLET DE GOYTISOLO, si bien planteaba algo diferente al entender que en la hipótesis propuesta parecía “preferible aplicar una sustitución vulgar tácita, si no se probare que fue otra la intención del testador, en cuyo caso se trataría evidentemente de una preterición intencional”.<sup>773</sup>

En cuanto a los precedentes legislativos, éstos son igualmente claros. Así, si acudimos a los trabajos de la Comisión de Códigos, de los que da noticia MIQUEL GONZÁLEZ<sup>774</sup>, cuyo texto decía que: “*los descendientes preteridos de otros*

---

<sup>770</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 947; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 92 y ss; J. BOLÁS ALFONSO, *op. cit.*, págs. 206 y 207; T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 161, quien manifiesta que “*limitar la representación a la legítima supondría volver a la injusta situación que hizo reaccionar a la doctrina, ya en favor de la preterición, ya a favor de la representación total y no parcial por los perjuicios que ésta supondría a la stirpe*”.

<sup>771</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones, cit.*, 1961, pág. 203, nota nº 3.

<sup>772</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 92 y nota 71.

<sup>773</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Las Legítimas, cit. II*, pág. 944.

<sup>774</sup> J. M<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios... cit.*, pág. 1299.

*descendientes que no lo hubieran sido, percibirán lo que el testador hubiere dejado al causante*". Por otra parte, destacar en el *iter* parlamentario la ya aludida enmienda 500, presentada por el Sr. Alzaga en la que la palabra "*representan*" aparecía sustituida por la expresión "*ocuparán su lugar*"; sin embargo esta sustitución nunca se llevó a cabo, lo cual parece indicar que ello se debió a que se entendía que no era necesario aclarar algo que ya estaba suficientemente claro.<sup>775</sup>

Un último antecedente de la norma es el mencionado artículo 141.5 (antes 4) de la Compilación de Cataluña, en su redacción anterior a la reforma operada en 1990, que, como manifiesta MARTÍNEZ DE AGUIRRE, este precedente resulta útil pero por contraste. Así, entiende que las ya expuestas diferencias del planteamiento entre ambos preceptos son las que precisamente consisten en la introducción del mecanismo representativo en el precepto del Código civil, señalando al respecto que carecería de sentido concluir que el citado alejamiento lo es sólo en la letra del precepto, pero no en su aplicación práctica, que conduciría a resultados similares.<sup>776</sup>

Así pues, LANZAS GALVACHE Y RODRÍGUEZ LÓPEZ afirman con acierto que, limitar el derecho de representación a la legítima, ya sea estricta o amplia, o bien entender que son aplicables al supuesto que se está tratando las normas relativas a la preterición supone ignorar las reformas que han operado en nuestra legislación. En efecto, estas alternativas constituyeron soluciones elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia. Se afirmaba que la causa de este problema era que el legislador no lo había abordado, proponiéndose de *lege ferenda* con razón, que lo ideal sería la aplicación del derecho de representación, lo cual resultaba inalcanzable toda vez que los textos existentes en el momento contenían un marcado repudio al derecho de representación en la sucesión testada. Por tanto era preciso que el legislador lo previera en una norma explícita. Abordado el problema por el legislador quien, en palabras de estos autores, "le da una solución que, en lenguaje usual, podría calificarse de clara y el

---

<sup>775</sup>C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 94 y 95

<sup>776</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 95 y 96. En este sentido concluye que "el anterior artículo 141.5 de la Compilación catalana, más que como obstáculo, sirve de apoyo a la tesis que ve en el artículo 814.3 un caso de derecho de representación en sentido propio (representación en la herencia)".

resultado de ello es que los juristas nos negamos a creer que ello sea así”. Concluyen pues que: “El párrafo 3º del artículo 814 tiene que significar algo más que la nada. Sus expresiones “representan” (no triunfó el texto de la enmienda 500 en la que se sustituía tal locución por la de “ocuparán su lugar”) y “no se consideran preteridos”, han de tener un sentido superior al que significaría su inexistencia. Es verdad que el precepto no dice que queda admitido el derecho de representación en la sucesión testada, pero es que ni hacía falta ni procedía decirlo, porque aún hoy tal derecho no es admisible, en general, en dicho tipo de sucesión (...) con la excepción señalada del caso de esta norma, y, si se quiere, de la que suponen los artículos 761 y 857. (...)” .<sup>777</sup>

2) Resulta preciso también atender al tenor literal del precepto, habida cuenta que el legislador al utilizar explícitamente el término “*representan a éste en la herencia*”, todo lo cual evoca necesariamente el derecho de representación regulado en los artículos 924 y siguientes del Código civil. Asimismo, la norma no determina la extensión de la representación por lo que, será preciso acudir a las reglas generales del derecho de representación de acuerdo con las cuales, y conforme establece el artículo 924 Cc corresponderá a los descendientes ulteriores “*todos los derechos que tendría, el representado, si viviera*”.<sup>778</sup>

En este sentido, manifiesta MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “corresponderá a los descendientes ulteriores cuanto hubiera correspondido al ascendiente no preterido que falla, en la herencia del testador; pero no sólo cuantitativamente-bienes materiales de la herencia-, sino también cualitativamente-la posición jurídica de aquél, en general”: Concluye este autor que si los derechos que les hubieran correspondido en la herencia, fueran sólo los legitimarios, entonces el precepto debería haberse constreñido a ellos. Para ello, desarrolla su argumento del siguiente modo: partiendo de que se trata de una sucesión testamentaria, el lugar que ocupa en la misma, el legitimario no preterido,

---

<sup>777</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 947.

<sup>778</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 90 y ss.; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 948 que manifiesta que “no puede pretenderse que el legislador de 1981 desconozca el alcance del propio derecho de representación”; LINARES NOCI, *op. cit.*, pág. 1569. En el mismo sentido se manifiesta J. BOLÁS ALFONSO *op. cit.*, pág. 206, si bien este autor, a partir de los planteamientos de la Cámara, identifica la “representación” con la “sustitución”.

viene determinado en primer lugar por el testamento, y sólo después, con carácter complementario, por su condición de legitimario. Por ello, el que le represente ocupará en la herencia el lugar que le hubiera correspondido por testamento, y también le corresponderán los derechos legitimarios que hubieran correspondido al legitimario que falla, si no fuera suficiente el llamamiento para cubrirlos (o si no hay llamamiento testamentario pero tampoco preterición).<sup>779</sup>

3) La finalidad de la norma en virtud de la cual, junto a la expresión “*representan*” se establece que “*no se consideran preteridos*”, no es sino la de evitar la preterición de la estirpe del descendiente premuerto, todo lo cual se consigue precisamente colocándola en el mismo lugar que ocupaba su ascendiente en la herencia del causante, de tal suerte que si no se les considera preteridos es, precisamente porque se les considera llamados en los mismos términos y con la propia extensión del instituido, es decir, acuden a la herencia como si ellos mismos hubiesen sido directamente los designados.<sup>780</sup>

Esta línea argumental ha sido desarrollada detenidamente por MARTÍNEZ DE AGUIRRE quien concluye que: “los legitimarios de ulterior grado, han sido preteridos (no han sido mencionados en forma bastante en el testamento de su ascendiente mediato); pero, desde el momento en que, en virtud de la representación sucesoria ex artículo 814.3 CC ocupan en la herencia de aquél el lugar que hubiera correspondido a su ascendiente inmediato (el legitimario no preterido), desde este punto de vista y a estos efectos, cabe considerarles no preteridos por no haberlo sido éste (...): el lugar que

---

<sup>779</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 90 y nota al pie nº 67.

<sup>780</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 368 y 369, partiendo de que la finalidad de la norma consiste en evitar la preterición añade que “para que no exista preterición es necesario que los descendientes del descendiente no preterido ostenten un título apto para hacer valer sus derechos hereditarios en la herencia de su ascendiente ¿Qué título?, necesariamente el que ostentaba el descendiente intermedio al representar a éste en la herencia del ascendiente. Por ello, el quantum que proporciona el artículo 814.3º no puede ser distinto a lo que ese título contenía.”; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 82 y ss; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 951; J. A. COBACHO GÓMEZ, “Notas ...”, *cit.*, págs. 418 y 419; T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 161; LINARES NOCI, *op. cit.*, pág. 1569, concluye que “la consecuencia inmediata es la de que se quiere evitar en esos casos, aún existiendo preterición los efectos característicos de esta figura”; LINARES NOCI, *op. cit.*, pág. 1570.

ahora les corresponde en dicha herencia, no es meramente el de legitimarios que tenían hasta ese momento, sino el de un legitimario no preterido, que es precisamente el que tenía su representado”.<sup>781</sup>

Además, si lo que se pretende con la norma es evitar los efectos de la preterición (la anulación de la institución de heredero y la consecuente apertura de la sucesión intestada) dicho fin no se alcanzaría en el supuesto de limitar el derecho de representación a la legítima. En efecto, habiendo sido llamado el descendiente que falla a una porción superior a la cuota legitimaria, se abriría la sucesión *ab intestato* con respecto al *quantum* sobrante.

4) Por otra parte, la diferente posición jurídica entre los descendientes del legitimario premuerto y los del legitimario desheredado o indigno exige también un trato diferente. Efectivamente, LACRUZ BERDEJO<sup>782</sup> establece el punto de partida del siguiente modo: en lo relativo a la representación en la legítima entiende que ésta no precisa de un precepto especial que lo imponga y añade que “si para los casos de desheredación e indignidad hay unos preceptos especiales, es porque en ellos cabía dudar de que la sanción afectase conjuntamente a la estirpe; de que la ineptitud sucesoria se extendiera a los descendientes del indigno o desheredado, aclarando el legislador que no pierden éstos el derecho a la legítima que les compete entonces por representación de una persona viva”. Así pues, ha de concluirse que no se puede equiparar el tratamiento de la estirpe del premuerto con la del indigno o desheredado, ya que en aquél, no concurren las circunstancias a las que se refiere LACRUZ BERDEJO.<sup>783</sup>

---

<sup>781</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 86.

<sup>782</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos (...) cit.*, 1981, pág. 60.

<sup>783</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 75; J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos (...) cit.*, 1981, pág. 60; J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUAZ LÓPEZ *op. cit.*, págs. 948 y 949; T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 161, al manifestar que la cuantía en la que se debe representar al descendiente premuerto del causante ha de ser necesariamente en la totalidad de la herencia, pues lo contrario equivaldría a equiparar a la estirpe del premuerto con la del desheredado o indigno.

5) El derecho de representación en la herencia es el que menos trastornos provoca en el funcionamiento del mecanismo sucesorio toda vez que: “evita la anulación total o parcial del testamento o de la institución de herederos; elude la apertura de una sucesión intestada respecto a todos aquellos casos en que la institución en favor del no preterido fuese (cosa normal) superior a la estricta cuota legitimaria; soslaya el, en otro caso, necesario recurso a la declaración judicial de herederos; y permite, en fin, que la partición por contador se desarrolle normalmente, al poder apreciar aquél este especial derecho y desarrollar adecuadamente sus efectos”<sup>784</sup>

6) La atribución amplia es además la que mejor concuerda con la interpretación de la presunta voluntad del testador. No puede achacársele ánimo de preterición al testador, que instituye heredero a su descendiente, que le premuere, y que no prevé dicha premoriencia. Así pues, no es posible deducir de su imprevisión que su intención fue la de privar a los descendientes del instituido de una buena parte de lo que a éste dejó.<sup>785</sup> La ley presume que el causante al nombrar heredero o legar algo a su hijo también quiso instituir a los descendientes ulteriores para el supuesto de premorir éste.<sup>786</sup>

Además, dado que el legislador disponía de medios suficientes para reducir el *quantum* de la sucesión de los ulteriores descendientes, ha de concluirse que si no lo hizo fue porque no quiso que así fuera. “La ley, con su interpretación no hace sino completar, dándole eficacia, la voluntad del causante imprevisor”.<sup>787</sup>

---

<sup>784</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 949 y 950.

<sup>785</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 949.

<sup>786</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, pág. 61. En esta misma línea, J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, manifiestan que: “La ley, para evitar precisamente las no deseables consecuencias de la preterición, interpreta por omisión, la voluntad del testador, y, en defecto de circunstancias que le induzcan a inferir otra cosa, subroga a los descendientes en la exacta situación jurídica que hubiera ocupado el llamado, en caso de haber sobrevivido al testador.”; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.* pág. 76.

<sup>787</sup> En este sentido se manifiestan J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 949, quienes opinan que: “el simple silencio no puede condenar a estirpes tan cualificadas como las de los descendientes del propio testador”.

Las razones y argumentos expuestos confirman la convicción de que este especial derecho de representación consiste en que el representante ocupa la posición exacta del representante en la herencia del ascendiente común, extendiéndose esta subrogación a todas las disposiciones testamentarias relativas al representado, es decir: cargas, condiciones, legados, prelegados, etc., exceptuando las personalísimas, que afectan al representado y aquéllas respecto de las cuales así lo hubiere dispuesto el testador ya sea expresa o tácitamente. En tales casos ha de concluirse que no se extiende a ellos el citado derecho.<sup>788</sup>

Asimismo, significar, como ya se manifestó anteriormente, que los ulteriores descendientes, estarán obligados a colacionar, al amparo del artículo 1038 Cc,<sup>789</sup> todo lo que debiera colacionar el representado, más lo que ellos hubieren recibido del causante durante su vida salvo las excepciones recogidas por la propia norma. Así pues, estarán dispensados de colacionar si el testador así lo hubiere dispuesto, salvo que ello perjudicare la legítima de los coherederos. Ello es lógico toda vez que premuerto el hijo del causante, su descendiente tiene la condición de legitimario y consecuentemente debe recaer sobre él la obligación de colacionar lo que hubiera recibido en vida del causante.<sup>790</sup>

---

<sup>788</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 951. Así pues manifiesta este autor si el testador ordena un prelegado a favor del representado y lo causaliza (también un legado superior en cuantía a la legítima) no se extenderá al representante el derecho de representación, por ejemplo, un prelegado dispuesto para atender el representado a sus estudios, a los gastos de una intervención que debe sufrir, etc.

<sup>789</sup> Art. 1038 Cc: “*Cuando los nietos sucedan al abuelo en representación del padre, concurriendo con sus tíos o primos, colacionarán todo lo que debiera colacionar el padre si viviera, aunque no lo hayan heredado.*

*También colacionarán lo que hubiesen recibido del causante de la herencia durante la vida de éste, a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario, en cuyo caso deberá respetarse su voluntad si no perjudicare a la legítima de los coherederos”.*

<sup>790</sup> M<sup>a</sup> T. PÉREZ GIMÉNEZ (“Los sujetos de la colación”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Murcia 2004, pág. 3806) señala que el artículo 1035 Cc es rotundo al manifestar que la colación se produce entre herederos forzosos, donde se considera como tales a los hijos y descendiente “Así, para colacionar hemos de encontrarnos ante legitimarios efectivos en la sucesión en cuestión”.



En cuanto a los supuestos en los que el testador haya previsto el destino de la porción vacante (por medio de una sustitución vulgar o estableciendo el derecho de acrecer), será objeto de estudio detallado en un epígrafe aparte.

## **II. INCIDENCIA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR EN EL JUEGO DEL ARTÍCULO 814: SUSTITUCIÓN TESTAMENTARIA Y DERECHO DE ACRECER**

Lo expuesto a lo largo de estas páginas centra su estudio en la solución legal que el artículo 814.3 Cc contempla para el supuesto de que hubiese fallado un legitimario no preterido en la herencia de su ascendiente, dejando a su vez, descendientes que han sido omitidos por el testador, sin haber previsto el destino de dichos bienes. No obstante, puede ocurrir que el propio testador haya previsto, para este supuesto, algo distinto a lo legalmente establecido. Ello daría lugar a la concurrencia de ambas soluciones: legal y voluntaria produciéndose así una eventual colisión entre ambas. Surge entonces la necesidad de determinar cuál tendrá preferencia, así como los términos en que dicha preferencia tendrá lugar.<sup>791</sup>

Esta cuestión se plantea fundamentalmente en torno a la sustitución vulgar dispuesta por el testador. En efecto, si éste hubiera nombrado uno o varios sustitutos vulgares al legitimario que falla, ello puede provocar una colisión entre esta sustitución y el derecho de representación establecido por el artículo 814.3 Cc<sup>792</sup> Sobre ello, como veremos, la doctrina no ha llegado a un consenso.

Será objeto de estudio también lo que ocurre si el testador hubiera dispuesto en el testamento el acrecimiento a favor de los coherederos de la porción o porciones que pudieran quedar vacantes.

---

<sup>791</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios Edersa*, t. X, vol. II, 1984, Madrid, pág.43. Manifiesta la imposibilidad de un choque entre sustitución y representación, alegando que nuestro Derecho no admite la representación en la sucesión testada salvo en el caso del artículo 814, párrafo penúltimo.

<sup>792</sup> Estudiaremos también lo que sucede si el testador ha dispuesto una sustitución fideicomisaria, pupilar (este supuesto es difícil toda vez que, no resulta habitual que un menor de catorce años tenga descendencia) o ejemplar.

## 1. Derecho de representación y sustitución

Como se pudo observar al tratar la naturaleza del derecho de representación sucesoria, un sector doctrinal mayoritario optó por considerarlo como una sustitución vulgar *ex lege*,<sup>793</sup> sin embargo, se ha rebatido al respecto que ambas instituciones, desde el punto de vista práctico, presentan un alcance bien distinto.<sup>794</sup> Estas diferencias entendieron los autores contrarios a asemejar ambas figuras aconsejan que se mantenga la representación sucesoria como una figura distinta de la sustitución vulgar. Además, justifican el rechazo de la teoría de que el artículo 814.3º impone una sustitución *ex lege* a favor de los descendientes de ulterior grado, ya que lo único que hay aquí es un derecho de representación con el alcance que le es propio a esta figura.<sup>795</sup>

Por nuestra parte, al tratar la naturaleza jurídica de nuestro instituto nos pronunciamos a favor de la teoría que equipara ambas figuras, si bien, entendiendo las diferencias existentes entre ambas. Al respecto señalamos que realmente ninguna de las teorías expuestas se adapta a la perfección a la representación sucesoria admitiendo esta como la que se adapta mejor, ya que en numerosos casos los resultados prácticos a los que conducen son sensiblemente iguales.

Así, como ya se expuso con anterioridad, en la representación sucesoria sólo hay una delación que tiene lugar a favor del representante. Por el contrario, se ha dicho que en la sustitución, que consiste en llamar a uno, y en su defecto a otro (sustituto), se

---

<sup>793</sup> Esta teoría se encuentra enormemente influenciada por la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Véase que el artículo 141.1º de la Compilación de Aragón, relativo a la representación sucesoria, responde al epígrafe “*sustitución legal*”, y en su texto emplea esta misma terminología: “Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legitimario prematuro o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes”.

<sup>794</sup> Vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, “Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido”, *cit.*, pág. 1196, pone de manifiesto los distintos efectos en los que derecho de representación y sustitución vulgar discrepan.

<sup>795</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 166.

producen dos delaciones.<sup>796</sup> Al respecto, como ya se mantuvimos antes, no siempre se producen dos delaciones en el supuesto de la sustitución, sino tan sólo en caso de renuncia.<sup>797</sup> Por otra parte, el legitimario que hereda por derecho de representación, cuando concorra con otro legitimario debe colacionar, a tenor de lo establecido en el artículo 1038 Cc, lo que su representado recibió del testador, mientras que quien hereda por sustitución nada ha de colacionar.<sup>798</sup> Asimismo, destacar que el ámbito de aplicación de la sustitución vulgar,<sup>799</sup> que produce sus efectos también cuando el llamado repudia la herencia, salvo que el testador lo hubiera excluido; resulta considerablemente más amplio con respecto al derecho de representación, cuyo alcance se delimita a los supuestos de premoriencia, indignidad y desheredación.<sup>800</sup> Además, la sustitución no se ve afectada por los límites personales que le son propios al derecho de representación.

Así pues nos reafirmamos en que existe una cierta semejanza entre ambas figuras, lo cual no impide la existencia de diferencias, por lo que, de entre todas las teorías existentes sobre la naturaleza jurídica esta es la que mejor se adapta.

---

<sup>796</sup> M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios Edersa cit.*, pág. 43.

<sup>797</sup> *Vid.* págs. 146 y 147.

<sup>798</sup> Nos remitimos a lo manifestado en este trabajo, págs. 147 y 148.

<sup>799</sup> Art. 774.1º Cc: “Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia”.

<sup>800</sup> En efecto, a tenor del artículo 929 Cc: “No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad”, lo cual quiere decir que no se representará en los casos de repudiación; mientras que, en virtud de lo establecido en el artículo 774 Cc: “Puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende los tres expresados en el párrafo anterior, a menos que el testador, haya dispuesto lo contrario”.

*A) Derecho de representación y sustitución vulgar*

Resulta conveniente, en primer lugar, distinguir entre la sustitución vulgar realizada a favor de los descendientes del legitimario que falla, y la establecida a favor de extraños.<sup>801</sup>

a) Sustitución vulgar dispuesta a favor de los descendientes del legitimario que falla.

En el supuesto de que el testador disponga de una sustitución a favor de los descendientes del legitimario no preterido que falla, resulta descartada una eventual colisión entre la sustitución dispuesta por el testador y el derecho de representación previsto por el artículo 814.3 Cc, toda vez que, falla uno de los requisitos esenciales para que sea posible la aplicación del citado precepto. En efecto, en este caso, los legitimarios de ulterior grado no han sido preteridos en virtud del llamamiento en sustitución realizado a su favor. Así pues, será la institución sustitutoria la que despliegue todos sus efectos y no el derecho de representación contemplado en el artículo 814.3 Cc, de tal suerte que abarcará también el supuesto de repudiación de la herencia por parte del descendiente intermedio.<sup>802</sup>

b) Sustitución vulgar dispuesta a favor de extraños

Puede ocurrir, sin embargo, que el testador haya dispuesto de una sustitución vulgar a favor de personas distintas de los descendientes del no preterido, lo cual conduciría a plantearse la colisión entre el derecho de representación dispuesto por el artículo 814.3 Cc y la sustitución vulgar establecida por el testador, en cuyo caso, resultan manifiestas las discrepancias doctrinales.

---

<sup>801</sup> Conviene resaltar que se entiende aquí por extraños todos aquellos que no son descendientes de dicho legitimario.

<sup>802</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 168; M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 351, nota nº. 93.

Varias son las soluciones doctrinales propuestas para solucionar la citada colisión:

1) Una primera solución, que entendemos ha de ser descartada, aboga por la aplicación de las normas generales de la preterición, que será intencional o no intencional según los casos.

Según esta teoría, se entiende que, en estos supuestos el testador, al anteponer la sustitución a la representación legal, ha excluido tácitamente a la stirpe, por lo que ésta queda preterida intencional o no intencionalmente según los casos.<sup>803</sup> En este sentido, afirma GIMÉNEZ DUART, “la sustitución implica una exclusión tácita, deseada o no, de la stirpe; y la preterición es eso; exclusión tácita”.<sup>804</sup>

En esta línea, REY PORTOLÉS distingue entre la posibilidad de que el testador conociera de la existencia de la stirpe a la que quiso excluir valiéndose de la figura de la sustitución vulgar a favor de persona extraña, en cuyo caso la preterición producida sería intencional; y la de que realmente hubiera un desconocimiento sobre su existencia u olvido de la misma, generándose entonces un supuesto de preterición errónea con la consiguiente aplicación de los apartados del artículo 814 Cc (2, 1º y 2º) relativos a la misma.<sup>805</sup>

En efecto, esta teoría ha de considerarse errónea. Defender que los descendientes del descendiente que falla resultan preteridos supone ir en contra del fin para el que fue creado el artículo 814.3 Cc, evitar respecto a los mismos los efectos de la preterición.

---

<sup>803</sup> Vid. J. M. REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pág. 358. En este mismo sentido se manifiesta T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, págs. 162 y ss. ALABALADEJO, *op. últ. cit.*, pág. 44, parece inclinarse por esta postura, ya que establece que si el testador hubiese manifestado que en defecto del descendiente instituido quiere al sustituto nombrado, entonces, al faltar dicho descendiente, es llamado el sustituto y los descendientes de aquél resultan preteridos pudiendo, por tanto, usar las defensas que la ley otorga para proteger sus legítimas.

<sup>804</sup> T. GIMÉNEZ DUART, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>805</sup> J. M. REY PORTOLÉS, *op. cit.*, pág. 358.

2) Se ha optado también por otorgar preferencia al artículo 814.3 Cc sobre la sustitución vulgar dispuesta por el testador, en cuyo caso los legitimarios de ulterior grado percibirán todo aquello en que fue instituido su ascendiente que falló, con exclusión de los sustitutos.<sup>806</sup>

Sin embargo, dar por válida esta solución chocaría con el artículo 814.5 que como se verá *infra*, otorga primacía a lo manifestado por el testador dejando a salvo las legítimas. Asimismo, iría en contra de lo establecido en el artículo 813. Cc a tenor del cual: *“El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”*.

Por tanto, participar de esta teoría supondría contradecir el tinte voluntarista que prima en nuestro Derecho sucesorio cuyo único límite consiste en los derechos legitimarios de determinados parientes.

3) La solución correcta, opta por dar preferencia a la sustitución vulgar sobre la representación sucesoria, si bien con efectos limitados en cuanto a la parte de libre disposición, a tenor de lo dispuesto en el artículo 814.5 Cc<sup>807</sup>.

---

<sup>806</sup> J. LANZAS GALVACHE Y F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 954 y ss. No obstante, estos autores matizan la solución planteada añadiendo que “(...) será posible estimar la aplicación preferente de la sustitución vulgar cuando tal sea la voluntad del causante, expresa o tácitamente expresada. En efecto, si el testador prevé que, a pesar de la premoriencia del instituido dejando descendientes, valga la sustitución en cuanto al tercio de libre disposición, nada habrá que objetar al cumplimiento exacto de su voluntad” (pág. 955). Matiz que resulta de gran importancia toda vez que, añadido éste, la solución aportada por estos autores viene a ser la misma que la que se desarrollará a continuación y que, entendemos, es la correcta. Así, la diferencia radicaría tan sólo en el enfoque dado a la solución manifestada cuyos resultados prácticos vendrían a ser los mismos.

<sup>807</sup> Esta es la opinión seguida, entre otros por J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios Edersa últ. cit.*, pág. 181; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 170 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 352 y ss.

En efecto, no se puede obviar la existencia del artículo 814.5 que ha de servir de complemento a la norma estudiada y que dispone que: “*A salvo las legítimas tendrá preferencia en todo caso lo ordenado por el testador*”. Éste último párrafo reafirma la primacía de la voluntad del testador sobre lo dispuesto por la ley en materia sucesoria, primacía que rige de por sí en todo el Derecho de sucesiones sin más límite para el testador que lo establecido en materia de legítimas.

Así pues, ha de concluirse que el supuesto planteado no se puede resolver mediante el derecho de representación, sino que es preciso atender a la voluntad expresada por el testador. Por tanto, primará la sustitución dispuesta por el mismo en la medida en que le sea posible, es decir, en todo aquello que no perjudique a la legítima que corresponderá a los descendientes del legitimario que falló.<sup>808</sup>

En este sentido se manifiesta, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quien coincide con el Derecho italiano y apoya ésta como la respuesta correcta en virtud del juego del artículo 814.5 Cc. Asimismo, critica la primera solución citada *supra*, considerando incorrecta la aplicación a este supuesto de la preterición, alegando que “precisamente el artículo 814.3 Cc la excluye de forma expresa”.<sup>809</sup> Argumenta en su crítica que si por un lado no pueden ser considerados preteridos, por otro representan al legitimario intermedio en la herencia del ascendiente. No obstante, la representación así entendida se ve modalizada por lo dispuesto en el párrafo 5º del artículo 814 que, a salvo las legítimas, da preferencia a lo establecido voluntariamente por el testador. Por tanto, si éste ha dispuesto una sustitución vulgar, esta deberá tener lugar hasta donde lo permitan los derechos legitimarios. Así, en este supuesto, la sustitución abarcaría el tercio de libre disposición, mientras que los legitimarios de ulterior grado, representarán a su ascendiente inmediato pero sólo en la porción legítima.<sup>810</sup>

---

<sup>808</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 170; M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 352 a 354 apoya esta postura añadiendo con acierto en la nota nº 100 que es preciso excluir de la legítima la mejora si existiera, no sólo por el carácter personalísimo de la misma, sino también porque es preciso tener en cuenta que una vez dispuesta por el testador a favor de alguien, ésta deja de ser legítima.

<sup>809</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 170.

<sup>810</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 170.

Si el testador conociera de la existencia de los descendientes, la solución propuesta no presentaría dificultad alguna, ¿y en los casos en los que el testador desconociera la existencia de los mismos?, ¿habría que hablar entonces, como manifiesta REY PORTOLÉS, de preterición no intencional o errónea? Coincidiendo con RIVERA FERNÁNDEZ y MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>811</sup>, es preciso optar por esta misma solución, ya que entender que existe una preterición no intencional supondría sustituir la voluntad expresa del causante por una disposición de contenido diferente, cuyo único fundamento será una eventual voluntad presunta del testador.<sup>812</sup> Hay que tener en cuenta además, añade el último autor, que con esta solución, los legítimos intereses de los descendientes de ulterior grado, no resultan perjudicados, ya que su derecho a la porción legítima se ve respetado.<sup>813</sup>

#### *B) Derecho de representación y sustitución fideicomisaria*

En lo relativo a la sustitución fideicomisaria, mantiene con razón MARTÍNEZ DE AGUIRRE que, dada la estructura propia de dicha figura, no cabe la colisión entre ésta y lo previsto en el artículo 814.3 Cc, habida cuenta que, mientras éste presupone que el instituido ha fallado en la sucesión testamentaria, aquélla, sin embargo, presupone a su vez, que el fiduciario sobrevive al causante y acepta la herencia<sup>814</sup>.

No obstante, pese a lo expuesto arriba, puede ocurrir que el fideicomisario no llegase a heredar porque el fiduciario, descendiente del testador, no quiere o no puede aceptar la herencia dejando, a su vez, descendientes que no han sido mencionados en el

---

<sup>811</sup> M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 354; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 170 y ss.

<sup>812</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, pág. 278, escribe este autor, que “el intérprete no puede forjar una disposición nueva: si el testador no la formula, aunque quisiera formularla, y aunque no haya la menor duda sobre cuál hubiera sido su tenor de haberla formulado, no existe. Pues de lo contrario sobrarían las estrictas solemnidades que se imponen al otorgamiento del testamento, al valer también como voluntad testamentaria una que no ha sido expresada guardando las formas legales”.

<sup>813</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 171 y 172.

<sup>814</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 172.



testamento del causante. ¿Sería de aplicación en este caso lo previsto por el Código civil en el artículo 814.3?

Parece más coherente con la voluntad del testador, y así lo entiende la práctica generalidad de la doctrina, que la sustitución fideicomisaria lleva implícita una sustitución vulgar que desplaza al llamamiento intestado respecto del fiduciario.<sup>815</sup> Por tanto, producido este supuesto, nos encontraríamos ante una situación idéntica a la resuelta en el apartado anterior, de tal suerte que, la solución sería la misma que la referida en el mismo. Ha de exceptuarse, claro está, que la causa que diera lugar a esta situación fuera la renuncia del fiduciario, en cuyo caso no habría posible concurrencia con el artículo 814.3 Cc, ya que el precepto no resulta de aplicación al supuesto de repudiación.<sup>816</sup>

### *C) Sustituciones pupilar y ejemplar*

Por lo que respecta a las sustituciones pupilar y ejemplar, la cuestión resulta compleja en tanto en cuanto todo dependerá de la postura que se adopte en torno a la debatida cuestión del objeto de la sustitución.<sup>817</sup>

Sin entrar a profundizar en el tema, conviene resaltar, a fin de llegar a una solución final, que las sustituciones pupilar y ejemplar, previstas en los artículos 775 y 777 han de ser consideradas en un sentido restrictivo como simples sustituciones. En

---

<sup>815</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho de Sucesiones I, Fundamentos*, edit. Civitas, 1982, Madrid, págs. 321 a 323; J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. últ. cit.*, pág. 336; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 172; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentarios Edersa, cit.*, págs. 171 y ss.

<sup>816</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 173, nota nº. 255; M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 354 y 355.

<sup>817</sup> En efecto, la doctrina discute si, ordenada una sustitución ejemplar o pupilar y llegado el momento de hacerla efectiva por fallecer el descendiente sustituido, el llamamiento del tercero abarca sólo la porción en la que el sustituyente instituye al descendiente sustituido o bien a todo el patrimonio de dicho sustituido. Optar por una u otra llevaría a resultados diversos al tratar una eventual colisión entre la representación prevista en el artículo 814.3 Cc y la sustitución pupilar o ejemplar.

defensa de esta tesis aboga con razón LACRUZ BERDEJO<sup>818</sup> no sólo que el ambiente histórico en el que se apoya la tesis amplia ha desaparecido, haciendo alusión en este sentido a la patria potestad como poder absoluto mi las concepciones éticas y familiares y las circunstancias políticas y sociales; sino que la solución estricta evita las consecuencias absurdas a que puede conducir una interpretación literal de Cc, como el que cualquier ascendiente podría privar al padre del tercio de libre disposición de uno de los hijos que fallece antes de cumplir la edad que le permite testar. Además, ir en contra de la tesis restrictiva supondría obviar la esencial condición de personalísimo que tiene el testamento prevista en el artículo 670 Cc<sup>819</sup>, al permitir que otra persona pudiera testar por el descendiente y disponer de todo su patrimonio.

Admitido, por tanto, que el sustituyente sólo puede nombrar un heredero para los la porción en la que instituye al sustituido en su propia herencia, y dado que en este supuesto la preterición queda excluida por dicha institución, se podría aplicar el artículo 814.3 Cc y entrar en conflicto con la sustitución pupilar o ejemplar<sup>820</sup>. Sin embargo, también en este supuesto y por las mismas razones expresadas, habría de darse idéntica solución a la otorgada al posible conflicto entre representación y sustitución vulgar.

Así pues, fallecido el sustituido dejando herederos forzosos que no han sido mencionados suficientemente en el testamento del sustituyente, operará la sustitución dispuesta por el causante en todo aquello que no perjudique la legítima de los descendientes del sustituido. El respeto de los derechos legitimarios se encuentra plenamente cubierto, no sólo por el artículo 814.5 Cc, sino también por el artículo 777 Cc, a tenor del cual: *“Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores,*

---

<sup>818</sup> J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, pág. 362. En contra M. ALABALADEJO GARCÍA, *op. ult. cit.*, págs. 48 y ss. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama cit. II*, págs. 116 y ss.

<sup>819</sup> Art. 670 Cc: *“El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente”*.

<sup>820</sup> Establece J. M. REY PORTOLÉS, respecto a esta sustitución que *“es biológicamente muy difícil que opere porque cesa al llegar el descendiente de primer grado a los catorce años, antes de los cuales es insólito tener progeñe”* *op. cit.*, pág. 358, nota nº. 126.

*cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen la legítima”.*<sup>821</sup>

## 2. Derecho de representación y derecho de acrecer

El presente epígrafe no pretende realizar un análisis conjunto y detallado de ambas figuras sucesorias, sino tan sólo ver qué ocurre si, en el supuesto en el que debería regir el artículo 814.3º Cc, el testador dispone voluntariamente que, faltando alguno de los llamados, la porción que le hubiera correspondido acrezca al resto de sus coherederos.

En este sentido, se puede concluir que, si el testador hubiera establecido, no una sustitución, sino el acrecimiento a favor de los coherederos de la porción o porciones que pudieran quedar vacantes, de modo muy similar a lo expuesto anteriormente para la sustitución vulgar, y sobre la base de los mismos argumentos desarrollados para la misma, operará el acrecimiento, en virtud del artículo 814.5 Cc, en la medida en que lo consienten los derechos legitimarios de los descendientes de ulterior grado, quienes representarán a su ascendiente inmediato exclusivamente en la porción legítima.<sup>822</sup>

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL**

#### **I. LA RESERVA LINEAL DEL ARTÍCULO 811 Cc**

En virtud de lo establecido en el artículo 811 Cc: *“El ascendiente que heredare del descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido*

---

<sup>821</sup> En este sentido se manifiesta M. RIVERA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 356 y 357. Por su parte, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, págs. 173 y 174.

<sup>822</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pág. 175; J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama cit. I*, pág. 470, *Comentarios Edersa cit.*, pág. 181.

*por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan”.*

Este texto, oscuro y difuso, de nueva creación, pues se estableció por primera vez en el Código civil, ha sido inspirado por ALONSO MARTÍNEZ, con el fin de evitar el peligro de que determinados bienes pertenecientes a una familia, por un azar de la vida vayan bruscamente a manos extrañas.<sup>823</sup>

Entre las numerosas cuestiones que suscita la reserva lineal o troncal, prevista por el art. 811 Cc, la que aquí interesa y pasa a ser objeto de estudio es la consistente en determinar si, ante el fallecimiento de un eventual reservatario, antes que el reservista, y con descendencia que viva al tiempo de abrirse la sucesión, resulta posible que esta descendencia tenga derecho a la reserva en virtud de la aplicación del derecho de representación y, en caso afirmativo, hasta qué punto.

Sin embargo, dada la parquedad de reglamentación existente al respecto, para llegar a una conclusión en este aspecto, el punto de partida lo constituyen tanto la naturaleza de dicha reserva, como su engranaje con el sistema general sucesorio sancionado en el Código civil. Ambos son considerados esenciales en aras a esclarecer si el derecho de representación del artículo 924 y siguientes Cc es de aplicación a la presente reserva y si, admitido dicho derecho, habrá de tenerse en cuenta la cuestión del vínculo doble o sencillo a la hora de la distribución de los bienes.

---

<sup>823</sup> M. ALONSO MARTÍNEZ (*El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, t. I, Madrid, 1947, págs. 185 y ss.) explica el supuesto que lo motivó: “El hijo mayor de un magnate sucede a su padre en la mitad íntegra de pingües mayorazgos, tocando a sus hermanos un lote modestísimo en la división de la herencia paterna; aquel hijo se casa y fallece al poco tiempo, dejando un tierno vástago; la viuda, joven todavía, contrae segundas nupcias y tiene la desdicha de perder al hijo de su primer matrimonio, heredando toda su fortuna, con exclusión de la madre y hermanos de su primer marido. No haya para qué decir que si hay descendientes del segundo matrimonio, a ellos se transmite en su día la herencia. Por donde resulta el irritante espectáculo de que los vástagos directos del magnate viven en la estrechez y tal vez en la miseria, mientras gozan de su rico patrimonio personas extrañas a su familia, y que, por un orden natural, le son profundamente antipáticas”.

### *A) Naturaleza jurídica*

La naturaleza jurídica de esta institución ha sido muy discutida. En torno a la misma, han sido elaboradas numerosas teorías que la han asimilado a otras instituciones tales como el usufructo, la sustitución fideicomisaria condicional, legítima, etc.

No obstante, y sin entrar a valorar cada una de las distintas teorías, puede concluirse que, a pesar de su encuadre sistemático, la figura regulada por el art. 811 Cc constituye una auténtica reserva legal.<sup>824</sup> Ello resulta, no sólo de la dicción literal del propio precepto, que alude a la obligación de reservar, sino también del artículo 968 Cc, regulador de la reserva ordinaria o vidual, toda vez que éste hace referencia a *“la reserva impuesta en el artículo 811”*.<sup>825</sup>

---

<sup>824</sup> Así se manifiesta, entre otros, F. SÁNCHEZ ROMÁN, (*op. cit.*, vol. 2º, págs. 968 y ss.), quien, si bien trata de separadamente las dos reservas existentes en nuestro ordenamiento jurídico, mantiene que lo dispuesto en el art. 811 Cc constituye un caso de reserva del mismo tipo que la regulada en los arts. 968 y ss. Así, tras rechazar la asimilación de la reserva lineal a otras instituciones como el usufructo, la sustitución fideicomisaria condicional y la legítima, mantiene que “se trata, pues de una entidad jurídica distinta de las demás y que se llama reserva, con nombre y esencia propias y diferentes, que ofrece dos variedades: la reserva que pudiéramos calificar de ordinaria, y la que puede denominarse extraordinaria o excepcional, art. 811, y nueva en nuestro Derecho de Castilla”. Por tanto, concluye: “que es tal reserva lo indica el contenido de este art. 811, ésta es, por consiguiente, la naturaleza de esta nueva especie jurídica, y no otra alguna”. También Mª R. DÍAZ ROMERO, (“La reserva vidual. Vigencia actual”, *ADC*, t. LIX, 2006, pág. 1209) considera implícitamente que la reserva troncal prevista por el artículo 811 Cc es una clase de reserva prevista por el Código civil junto con la reserva ordinaria o vidual, teniendo esta última preferencia sobre aquélla por ser más antigua. Asimismo admite que la reserva del 811 deberá ser, en ocasiones completada por la reserva vidual. En el mismo sentido que esta autora se manifiestan también, J.B. VALLET DE GOYTISOLO (“La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil”, *ADC*, 1958, págs. 652 y ss.) y M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio...cit.*, pág. 329, y diversas sentencias del Tribunal Supremo: STS de 10 de noviembre de 1953 (*RJA*, núm. 2704), STS de 8 de junio de 1954 (*RJA*, núm. 1591) y STS de 21 de octubre de 1991 (*RJA*, núm. 7228). J. A. DORAL GARCÍA, considera que ambas figuras son diferentes. Sobre las diferencias entre ambas *vid.*, “La reserva hereditaria común”, *ADC*, julio-septiembre, 1977, págs. 506 y ss.

<sup>825</sup> En este sentido, J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código civil”, *RDP*, septiembre de 1940, pág. 203. En esta misma línea se pronuncia la STS de 25 de marzo de 1933 (*RJA*, núm. 1578) al afirmar que *“La institución creada en el artículo 811 del Código civil, por su denominación y por su contenido, no puede responder en derecho a otro concepto que al de constituir una variedad de la reserva (...)”*.

Por otra parte, el encuadre sistemático del precepto,<sup>826</sup> permite afirmar que constituye una modalidad de sucesión *mortis causa* legítima,<sup>827</sup> toda vez que implica una restricción de los derechos que corresponden a los ascendientes al heredar a sus descendientes.<sup>828</sup>

En lo que respecta al carácter troncal de dicha figura, éste ha sido negado por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia,<sup>829</sup> al no haber en ella una sucesión troncal en sentido histórico y pleno de dicho calificativo. En efecto, esta reserva no tiene en cuenta la procedencia remota de los bienes ni persigue perpetuarlos en una familia determinada, sino que obedece a que personas ajenas a la familia no lleguen a adquirir, por un azar de la vida, determinados bienes que sin él hubieran quedado en dicha familia<sup>830</sup>. Partiendo de lo expuesto, se ha afirmado que más que troncal, esta

---

<sup>826</sup> En efecto, el art. 811 Cc se encuentra ubicado en la sección 5ª, título 3º, del Libro III, que trata “*De las legítimas*”.

<sup>827</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, pág. 204.

<sup>828</sup> STS de 9 de enero de 1962 (*RJA*, núm. 196). Constituye esta limitación una de las diferencias esenciales con la reserva ordinaria o viudal por cuanto la misma no supone ninguna restricción a la legítima del cónyuge viudo.

<sup>829</sup> *Vid.* C. Mª ENTRENA KLETT, “Sobre la reserva del 811”, *RGD*, 1959, págs. 4 a 7. Este autor, al tratar el carácter troncal de la reserva del art. 811 Cc concluye en síntesis lo siguiente: “(...) ninguna de las características del régimen de troncalidad –a saber: caracterización de determinados bienes como de abolengo, propios o patrimoniales; aplicación del principio *paterna paternis, materna maternis*; personificación de los bienes y postergación de los ascendientes- concurren en la reserva del 811; sólo hay un punto coincidente: el hecho de la reversibilidad (...)”. En contra, J. SERRANO GARCÍA (*La reserva troncal del artículo 811 del Código civil*, Barcelona, 1991, págs. 75 y ss.) considera que esta reserva está claramente inspirada en un principio troncal, lo cual aclara, no quiere decir que el principio de proximidad de parentesco no juegue también un papel importante aunque su aplicación pase a un segundo plano. En efecto, primero habrá que determinar cuáles son los parientes que pertenece a la misma línea de procedencia de los bienes y después interviene el principio de proximidad de grado para saber cuáles de esos parientes debe ser heredero.

<sup>830</sup> M. ROYO MARTÍNEZ, *op. cit.*, pág. 210; F. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, vol. 2º, pág. 990; MOUTÓN; “El derecho de representación y la reserva llamada troncal del artículo 811 Cc”, *RDP*, 1927, págs. 58 y 59. Al respecto manifiesta E. ESCOBAR DE LA RIVA, *El artículo 811 del Código civil. Doctrina, Jurisprudencia, Proyecto de Reforma*, San Fernando, 1940, págs. 3 y 4: “el artículo 811 (...) sucede inmediatamente un ascendiente, extraño por cierto a la línea de procedencia de aquellos, y solo mediatamente es decir, si sobreviven a éste, los parientes del descendiente que pertenezcan a dicha línea pero siempre con la limitación de hallarse dentro del tercer grado con relación a dicho descendiente”. En cuanto a las SSTs, sobre el fundamento en la reserva, *vid.*, entre otras, 25 de marzo de 1933 (*RJA*, núm. 1578), 26 de noviembre de 1943 (*RJA*, núm. 1293), 14 de junio de 1945 (*RJA*, núm. 703), 1 de julio de 1955 (*RJA*, núm. 2317), 4 de junio de 1987 (*RJA*, núm. 4028), 21 de diciembre de 1989 (*RJA*, núm. 8862).

reserva se debe calificar “de familiar o lineal en provecho tan sólo de determinados parientes y constituye un beneficio otorgado por consideraciones familiares, exclusivamente a favor de determinadas persona”<sup>831</sup>

Por su parte, manifiesta CASTÁN TOBEÑAS que, si bien lo dicho es cierto, ya que no se tiene en cuenta la procedencia remota de los bienes, ni se persigue el fin de perpetuarlos en una familia determinada, “no es menos cierto que (...) dicho precepto se inspira en un principio de troncalidad y representa una especie de transacción entre el derecho de troncalidad y el de sucesión gradual”<sup>832</sup>.

La reserva del artículo 811 Cc constituye una nueva modalidad sucesoria de índole singularísima y excepcional, habida cuenta que modifica el Derecho sucesorio ordinario al restringir la legítima de los ascendientes imponiendo una desviación y un curso anómalo a la sucesión respecto a determinados bienes mediante un orden limitado y diferente de llamamientos, que sólo alcanzan al tercer grado de parentesco.<sup>833</sup>

---

<sup>831</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, pág. 204. En este sentido se manifiestan autores como: F. CLEMENTE DE DIEGO, “El derecho de representación y la reserva troncal del artículo 811 del Código civil”, *RDP*, 1927, págs. 58 y 59; F. SÁNCHEZ ROMÁN (*op. cit.*, vol. 2º, pág. 990) califica dicha reserva de familiar y no de troncal al pretender con la misma que por azares de la vida, los bienes pertenecientes a una familia pasen a otra. En contra de la calificación de esta reserva como lineal o familiar, se manifiesta C. Mª ENTRENA KLETT, *op. cit.*, pág. 6, nota 22, quien afirma que “Rechazamos las denominaciones habituales de reserva troncal, familiar o lineal que se suelen dar a la del art. 811; la primera por las razones expuestas; la segunda, por no ser “lineal” en el sentido propio y tradicional, conforme hemos expresado (...), y la tercera, por inexpresiva, dado que todas las reservas lo son; por la misma razón repelemos la de “legal” que da algún autor. Preferimos las calificaciones de “extraordinaria” o de “nueva” dadas por otros (...)”.

<sup>832</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, pág. 204.

<sup>833</sup> *Vid.* entre otros, F. CLEMENTE DE DIEGO, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 58. J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, pág. 204. También el Tribunal Supremo afirma este carácter excepcional o singular de la reserva del art. 811. *Vid.*, entre otras STS 25 de marzo de 1933 (*RJA*, núm. 1578); 14 de junio de 1945 (*RJA*, núm. 703); 26 de noviembre de 1943 (*RJA*, núm. 1293); 12 de diciembre de 1945 (*RJA*, núm. 1294); 1 de julio de 1955 (*RJA*, núm. 2317); 22 de marzo de 1986 (*RJA*, núm. 1475). De la misma manera, entre otras la RDGRN de 19 de febrero de 1969 (núm. 4154).

Esta excepcionalidad ha llevado a mantener por la doctrina y por la jurisprudencia, que el artículo 811 Cc no es susceptible de interpretación extensiva,<sup>834</sup> sino todo lo contrario, ha de interpretarse en sentido restrictivo, por lo que habrá de entenderse que, “al constituir las reservas un instituto de Derecho singular, derogatorio de las normas de general aplicación que señalan la disponibilidad y el curso mortis causa de los bienes, no es admisible la extensión de la vinculación que comportan a casos no previstos en la norma”.<sup>835</sup>

Sin embargo, al respecto, LACRUZ BERDEJO no cree conveniente exagerar dicha excepcionalidad, por entender que no es distinta a la presentada por la legítima frente a la libre disposición y centra la singularidad de dicha doctrina, más bien en el hecho que no la inventaron los romanos sino que aparece “de pronto, la víspera de la promulgación del Código”.<sup>836</sup>

En conclusión, todas estas afirmaciones resultan perfectamente plasmadas en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1933 por cuanto la misma dispone en síntesis que: “(...) dicho precepto vino a establecer una sucesión condicionada de carácter lineal, singular sobre determinados bienes, que más que a un principio de verdadera troncalidad, respondería a la previsión de evitar que personas extrañas a una familia puedan adquirir, por un azar de la vida, bienes que, sin él hubieran quedado en aquélla y crear dentro de esa sucesión una reserva limitativa de los derechos legitimarios del ascendiente, que representa un beneficio concedido exclusivamente a favor de ciertas personas de esa familia.”<sup>837</sup>

---

<sup>834</sup> Vid. STS de 23 de marzo de 1992 (RJA, núm. 2219) y el comentario que de la misma realiza J. SERRANO GARCÍA en CCJC, abril/agosto de 1992, págs. 441 y ss.

<sup>835</sup> Esta afirmación constituye el fundamento en el que, como se verá, se basan los autores que niegan la aplicación del derecho de representación en la reserva lineal. En este sentido se manifiesta también F. CLEMENTE DE DIEGO, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 60.

<sup>836</sup> En efecto, manifiesta J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. ult. cit.*, pág. 577, al igual que la legítima, “la reserva limita el arbitrio del testador; y además altera el orden de la sucesión intestada”.

<sup>837</sup> STS 25 de marzo de 1933 (RJA, núm. 1578).



*B) Engranaje de la reserva lineal en el Código civil*

En cuanto a su engranaje en el sistema sucesorio de nuestro Código civil, resulta preciso determinar a qué normas habrá de acudir para suplir las deficiencias presentadas por el precepto. En este sentido, y partiendo de lo establecido en párrafos anteriores respecto de la naturaleza jurídica de la reserva ello conduce a admitir lo siguiente:

En primer lugar, habiendo admitido que se trata de una reserva, de naturaleza análoga a la regulada en los artículos 968 a 980 Cc, *“le serán de aplicación las normas de esta última”*, además, habrán de serle aplicables también *“como supletorias las reglas de la sucesión intestada, en cuanto no se opongan al especial y limitado orden de llamamientos que el artículo 811 establece”*, todo lo cual se desprende de haber admitido que se trata de una modalidad de la sucesión legítima.<sup>838</sup>

c) Dicho lo cual y siendo llamados a esta reserva todos los parientes dentro del tercer grado, que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, resulta cuestionable si todos aquellos parientes que cumplan estas condiciones y sobrevivan al reservista tendrán derecho a la misma o si por el contrario rige también aquí el principio de proximidad de grado previsto en el artículo 921 Cc con la consiguiente excepción sancionada en el mismo, es decir, si será de aplicación además del citado principio, el derecho de representación sucesoria.<sup>839</sup>

Si bien determinados autores han admitido lo contrario, la práctica totalidad de nuestra doctrina así como la jurisprudencia son partidarias de la tesis que admite el

---

<sup>838</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, pág. 205.

<sup>839</sup> La posible aplicación del derecho de representación será desarrollado en el apartado siguiente por ser éste el núcleo fundamental de nuestro estudio.

principio de proximidad de grado en estas reservas, de tal suerte que, llamados todos los parientes que reúnan los requisitos previstos por la ley a la reserva tratada, y afectando a todos la expectativa; muerto el reservista sólo pueden hacerla efectiva los más próximos en grado, computándose éste con relación al descendiente causante de la reserva. Consecuentemente, al igual que ocurre en la sucesión general intestada, en virtud de lo establecido en el art. 921 Cc, el más próximo en grado excluye al más remoto.<sup>840</sup>

Así pues, la frase empleada en el artículo 811 Cc, “*a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado*”, no supone que todos ellos deben suceder por partes iguales independientemente del grado que ostenten con respecto al descendiente causante de la reserva, sino que la obligación de reservar no se extiende más allá de aquel límite.<sup>841</sup>

## **II. APLICACIÓN DEL DERECHO DE REPRESENTACIÓN A LA RESERVA DEL ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL**

El fallecimiento del reservista es fundamental, toda vez que es en ese momento cuando la reserva entra en fase de consumación. En efecto, para que el reservatario consolide su derecho, es preciso que sobreviva al reservista.

No obstante, premuriendo alguno de los eventuales reservatarios al reservista y con descendencia que viva al momento de apertura de la sucesión de éste, se plantea la duda de si puede, dicha descendencia, tener derecho a la reserva a través del juego de la representación, y en caso afirmativo hasta qué punto.

---

<sup>840</sup> F. CLEMENTE DE DIEGO, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 60; E. ESCOBAR DE LA RIVA, *El artículo 811... cit.*, pág. 8; HERNÁNDEZ GIL, *Dictámenes II, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones. Cuestiones procesales*, edit. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1968, págs. 399 y ss.

<sup>841</sup> F. CLEMENTE DE DIEGO, “El derecho de representación...” *cit.*, pág. 61.

El silencio que la norma guarda en este sentido ha llevado a dudar si el derecho de representación es aplicable a esta reserva al igual que ocurre, por disposición legal expresa, en el supuesto de la reserva ordinaria.

Como bien manifestó en su momento MANRESA Y NAVARRO,<sup>842</sup> resulta incuestionable que los bienes objeto de reserva han de permanecer dentro del tercer grado toda vez que la ley, con este límite, no admite que sea traspasado. Así pues, si un pariente de cuarto grado pretendiera ocupar el lugar de su ascendiente, pariente dentro del tercer grado, para disfrutar de la reserva establecida por el artículo 811 Cc, su pretensión resultaría inadmisibile al traspasar el citado límite legal.

Esta es la línea sentada en un principio por el Tribunal Supremo, destacando la primera sentencia planteada al respecto<sup>843</sup> que rechazaba el derecho de representación en este tipo de reservas, basándose para ello en el carácter personalísimo de la reserva, que obliga a que sólo puedan ejercitar este derecho las personas en cuyo beneficio la ley lo haya establecido de un modo taxativo, y en la interpretación restrictiva que debe hacerse de la misma, que impide la aplicación de los artículos 924 y 925 Cc<sup>844</sup>. El Tribunal Supremo ha generalizado esta doctrina considerando inadmisibile el derecho de representación. Es importante advertir que en las citadas sentencias, la aplicación del derecho de representación suponía traspasar el límite del tercer grado de parentesco.

---

<sup>842</sup> J. M<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios... cit.*, t. VI, vol. I, Madrid 1973, págs. 539 y 540.

<sup>843</sup> La sentencia de 16 de diciembre de 1892 niega que opere el derecho de representación en estos casos, al rechazar la demanda de un primo hermano del descendiente causante de la reserva en solicitud de que la madre de éste le reservase los bienes heredados abintestato de su hijo, al cual a su vez le provenían de su padre, tío del actor. El Tribunal Supremo fundó su negativa manifestando que “*constituyendo la reserva de bienes un derecho o beneficio personalísimo, sólo pueden ejercitarlo o reclamarlo aquellas personas a cuyo favor lo ha establecido la ley taxativamente, por lo que no cabe en esta materia de interpretación restrictiva la representación establecida en los artículos 924 y 925 Cc*”.

<sup>844</sup> Al respecto, M. DE LA CUEVA Y DONOSO, (*La verdad sobre el 811*, Sevilla 1934, págs. 76 y ss.) hace notar que del análisis de esta y otras sentencias se puede observar que el Tribunal Supremo, cuando hace referencia al sentido restrictivo y al carácter personalísimo que caracteriza a la reserva, sentó su doctrina con relación a personas que se encontraban fuera del llamamiento del artículo 811 Cc por ser éstas parientes de cuarto grado o herederos de un pariente de tercer grado, por lo que se deduce que ha de admitirse el derecho de representación cuando quien lo utiliza está comprendido dentro del llamamiento del artículo 811, es decir, dentro del tercer grado.

Esta doctrina jurisprudencial, no obstante, “no obedece a una lógica interpretación de la ley”, toda vez que, admitido que entre los reservatarios el de grado más próximo excluye al más remoto, por aplicación del artículo 921 Cc, en sus primeras palabras, resulta incomprensible la inaplicación de la salvedad, relativa al derecho de representación, sancionada por el precepto *in fine*. Asimismo, la interpretación restrictiva del precepto se cumple no considerando reservatarios, ni por derecho de representación a quienes excedan del límite marcado por aquél.<sup>845</sup>

Contrario a la representación en la reserva ordinaria se muestra SERRANO GARCÍA, quien alega que los reservatarios sólo consolidan su derecho si sobreviven al reservista, produciéndose una adquisición automática de los bienes reservables, y añade que el llamamiento a los reservatarios se hace por ministerio de la ley a título individual sin que se consideren llamadas las estirpes de un reservatario premuerto. En cuanto a la adquisición de los bienes reservables, entiende que no responde a las reglas comunes del Derecho de sucesiones en orden a la aceptación de la herencia, sino que responde más bien al sistema germánico de adquisición. Asimismo, tras poner en relación el derecho de representación y la transmisión concluye que se produce una incompatibilidad manifiesta ya que los dos no pueden actuar conjuntamente. Entre ambos, entiende que ha de primar la transmisión, ya que el reservatario que sobrevive al reservista, siendo de grado preferente, adquiere automáticamente del descendiente causante, de modo que, si fallece sin haber manifestado su voluntad contraria a la adquisición, pasará a sus herederos el mismo derecho que el tenía, y si éstos lo ejercitan, es decir, renuncian, entonces entrarán a suceder en los bienes reservables los parientes reservatarios de ulterior grado, pero no por aplicación del derecho de representación, sino por derecho propio, el de suceder en dichos bienes por ministerio de la ley.<sup>846</sup>

---

<sup>845</sup> D. DE BUEN, trad. de la 2ª ed. francesa de la obra de COLIN Y CAPITANT, *Curso Elemental de Derecho Civil*, 3ª ed. revisada y puesta al día en la parte española por Pascual Marín Pérez, t. VIII, 1957, Madrid, pág. 590.

<sup>846</sup> J. SERRANO GARCÍA, *La reserva... cit.*, págs. 173 y ss.

Jurisprudencia menos remota, sin embargo, puntualiza que *“lejos de contradecirse y oponerse el régimen de la representación y el de la reserva, nada obsta, ni lógica ni jurídicamente, a que se concuerden y armonicen para el logro de la finalidad que el instituto de la reserva persigue, siempre que no se quebrante el principio rector de la limitación ni se pretenda extenderla abusivamente más allá de lo que consiente el número de grados o llamamientos establecidos por el legislador”*.<sup>847</sup>

Así pues, la jurisprudencia ha evolucionado inclinándose, con razón, por la admisión de la representación sucesoria en la reserva del artículo 811, siempre y cuando no se extralimite el tercer grado de parentesco referido por el precepto.

La misma evolución jurisprudencial puede observarse entre nuestra doctrina. Así pues, entre el sector menos reciente predominó una postura negativa que, “basada en una lectura un tanto apresurada de la jurisprudencia”,<sup>848</sup> mantenía que el derecho de representación no podía tener lugar en la reserva lineal.

La argumentación de esta línea doctrinal descansa, al igual que la jurisprudencia coincidente, en torno a dos puntos esenciales: el carácter personalísimo e intransmisible del derecho a la reserva, lo que obliga a una interpretación restrictiva del artículo 811 Cc, en beneficio exclusivo de determinados parientes. Concluyen, por tanto, que para la aplicación de la representación sucesoria sería preciso que la ley lo hubiera establecido expresamente.<sup>849</sup>

---

<sup>847</sup> Resulta esencial en este sentido la STS de 14 de junio de 1945 (RJA, núm. 703) la admisión del derecho de representación. En esta misma línea se pronuncia el TS en otras sentencias entre las cuales destacan: La STS de 8 de junio de 1954 (RJA, núm. 1591) también alude incidentalmente, a la admisibilidad de la representación.

<sup>848</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 290.

<sup>849</sup> J. B. VALLET DE GOYTISOLO “La reserva lineal”, *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. VI, Madrid, Montecorvo, 1983, pág. 579; F.CLEMENTE DE DIEGO, “El derecho de representación...” *cit.*, págs. 61 y ss., manifiesta en síntesis que: “la reserva del art. 811 es un beneficio establecido exclusivamente en provecho de los parientes dentro del tercer grado y que pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan; en ella se trata (...) de un derecho privativo, personalísimo, y en tal respecto no puede ser derivado ni transmitido por ningún género de actos ni títulos inter vivos o mortis causa, ni siquiera a favor de los herederos forzosos por derecho de representación (...)”.

Sin embargo estos argumentos han de ser desechados, toda vez que el hecho de que la reserva lineal sea una institución excepcional supone que sólo ha de desviarse de las reglas generales de la sucesión en aquello que expresamente esté ordenado pero no en aquellos puntos sobre los que el precepto nada dice<sup>850</sup>. En efecto, a este carácter excepcional no se le debe dar un alcance mayor que el exigido por la finalidad que pretende. Por ello, no se ve inconveniente en aplicar las reglas relativas al derecho de representación, siempre y cuando no se traspase el límite gradual impuesto por el artículo 811 Cc, toda vez que dicho derecho, en nada afecta a ese personalismo inherente a la posición del reservatario ni a la *ratio* de la reserva, que como se expondrá más adelante, lejos de contradecirse, ambas figuras se armonizan.

Asimismo, se puede afirmar que si ese derecho personalísimo lo atribuye el precepto a favor de todos los parientes que estén dentro del tercer grado, ya que todos ellos están personalmente llamados a su disfrute, acceder a aquél por derecho de representación, siempre y cuando se respete el límite no contraría dicho carácter. Es decir, el derecho que otorga el artículo 811 Cc es personalísimo de aquéllos a quienes está atribuido, a saber, de los parientes dentro del tercer grado que lo ostentan porque así lo marca taxativamente la ley. Por tanto, dichos parientes podrán acceder a esa porción afectada por la reserva incluso por derecho de representación, ya que ellos son llamados personalmente por la ley, ostentan ese derecho personalísimo.

En este sentido apunta DE LA CUEVA Y DONOSO<sup>851</sup> que es preciso distinguir en la presente reserva dos momentos: el de iniciación y el de efectividad, “calificándose personalísimo el derecho que en el primero tienen, todos los parientes que estén dentro del tercer grado, (...)”.

Así pues, en contra de los que mantienen que por ser personalísimo no es posible su transmisión se ha de decir que acceder a la reserva por derecho de representación no supone transmisión alguna, pues los parientes dentro del tercer grado que concurren a la

---

<sup>850</sup> D. DE BUEN, *op. cit.*, pág. 590.

<sup>851</sup> M. DE LA CUEVA Y DONOSO, *op. cit.*, pág. 77.

misma son llamados expresamente por la ley. Asimismo, no ha de olvidarse que, por aplicación del derecho de representación no se produce transmisión alguna, en efecto, ambas figuras sucesorias son distintas y no han de confundirse, toda vez que, mediante la representación, los representantes se colocan en el lugar del representado sucediendo en todos los derechos que éste tendría si viviera o hubiera podido heredar.

Por otra parte, la ya aludida interpretación restrictiva de la reserva lineal no debe ser obstáculo a la aplicación de la representación sucesoria pues aquélla no consiste más que en, como dice CASTÁN TOBEÑAS “que se habrá de aplicar en los propios términos de la ley que la establece, sin ampliar sus consecuencias o beneficios, y llenando los vacíos del precepto legal con las normas del derecho común de las sucesiones”. En consecuencia, lo expuesto hasta el momento no impide el derecho de representación sino que “precisamente exige y presupone su aplicación, siempre que no se traspase el círculo de los parientes comprendidos en los términos del llamamiento especial del artículo 811”.<sup>852</sup>

Desacorde también con la aplicación del derecho de representación a la reserva del artículo 811 Cc se manifiesta DOMÍNGUEZ DE MOLINA.<sup>853</sup> Los argumentos esgrimidos por este autor para defender su tesis se sintetizan del modo siguiente: en la reserva lineal es preciso distinguir dos fases, la previa y la de consumación. En la primera fase, los reservatarios son todos aquellos parientes que pertenezcan a la línea donde los bienes proceden y se encuentren dentro del tercer grado de parentesco. Sin embargo, en esta primera fase, no rige el principio de proximidad de grado, sino que, todos los parientes que cumplan los citados requisitos tienen a la vez el mismo derecho expectante. Así, por ejemplo tanto el hermano del descendiente heredado, como el hijo de aquél, tienen a la vez el mismo derecho expectante, autónomo y con igual contenido

---

<sup>852</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, págs. 210 y ss.

<sup>853</sup> DOMÍNGUEZ DE MOLINA, “Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del Código civil”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección tercera, vol. II, Madrid, 1962, Estudios Jurídicos Varios, pág. 604 y ss.

jurídico sin que el del segundo derive del de su padre. Así pues, muerto el padre sin adquirir derecho alguno por no haber sobrevivido al reservista, ningún juego tiene el derecho de representación, toda vez que su hijo va a adquirir por derecho propio, ya que su derecho de reservatario presunto lo tenía por sí mismo, al mismo tiempo e independientemente del de su progenitor.

Pese a la teoría expuesta, ya se estableció en el epígrafe anterior que sí rige el principio de proximidad de grado. Por ello, si bien se apuntó que todos los parientes dentro del tercer grado son llamados personalmente por la ley, debe regir el principio de proximidad de grado, acudiendo a la herencia los de tercer grado pues son llamados taxativamente por la ley, pero en virtud del derecho de representación, ya que tienen prioridad los más cercanos en grado de parentesco al descendiente causante de la reserva. Por tanto, los de tercer grado ostentarán derecho a la reserva si fallaron los parientes de grado más próximo, por tanto, por derecho de representación.

No menos antigua a la citada corriente, existe sin embargo una postura doctrinal más acertada, favorable a la representación sucesoria en la reserva, siempre y cuando, como ya se expuso antes, no exceda del límite del tercer grado que marca el artículo 811.<sup>854</sup> Así pues, los sobrinos del descendiente, hijos de un hermano premuerto, serán preferidos a sus tíos, concurriendo a la herencia en virtud del derecho de representación, con los hermanos de aquél.

---

<sup>854</sup> J. CASTÁN TOBEAÑS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, págs. 205 y ss.; M. DE LA CUEVA Y DONOSO, *op. cit.*, págs. 62 y ss.; D. DE BUEN, “Reserva de bienes”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVII y en las adiciones al Derecho Civil de Colin y Capitant, t. VIII, pág. 396; DÍAZ COBEÑA, *Dictámenes*, pág. 234; E. ESCOBAR DE LA RIVA, *El artículo 811 ... cit.*, págs. 9 y ss.; A. FUENMAYOR CHAMPÍN, “Mejora ordenada por el reservista del artículo 811 del Código civil”, *RDP*, 1946, pág. 350; A. MAURA, *Dictámenes... cit.*, t. VI, pág. 107; GENOVÉS AMORÓS, “La desheredación y la reservas”, en *RDP*, 1947, pág. 732; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VI, 7ª ed., revisada por OGÁYAR, Madrid, Reus, págs. 349 y ss.; Mª T. PEREZ GIMÉNEZ, *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*, Universidad de Jaén, 2005, pág. 323. Esta opinión la sustenta también la jurisprudencia que, a modo de síntesis de lo establecido en otras sentencias, manifiesta en la ya citada sentencia de 14 de junio de 1945 (*RJA*, núm. 703) que el derecho de representación es aplicable al supuesto que nos ocupa.



Entre esta corriente doctrinal, resulta de gran relevancia la figura de CASTÁN TOBEÑAS<sup>855</sup> por cuanto su crítica llevada a cabo sobre la doctrina y jurisprudencia anteriores constituye un pilar esencial en el giro operado hacia una postura más permisiva.

En efecto, nada obsta en principio para negar el juego de la representación en materia de reservas. De lo manifestado en el epígrafe anterior se llega a una solución favorable a la aplicación del derecho de representación regulado por los artículos 811 y siguientes del Código civil.<sup>856</sup>

Además de los argumentos esgrimidos con anterioridad, tanto el Tribunal Supremo como la doctrina han manifestado una serie de razones que, de un modo acertado, ha servido para fundamentar la admisión del derecho de representación en la reserva lineal o troncal dispuesta en el artículo 811 Cc<sup>857</sup>

Así pues, la idea de que el derecho de representación sea aplicable a este supuesto, siempre y cuando, con su aplicación no se exceda el límite previsto de tercer grado, descansa en primer lugar en que, la representación sucesoria prevista en los artículos 921 y siguientes Cc, por ser una institución común del Derecho de sucesiones, ha de integrar la norma escueta del artículo 811 en aquello que resulte silenciado por la misma. De este modo, se confirma que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 921 Cc sin distinguir la regla de la salvedad.<sup>858</sup>

Verdaderamente, admitido que entre los reservatarios el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, todo lo cual se establece en el párrafo primero del

---

<sup>855</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, págs. 201 y ss

<sup>856</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, págs. 205.

<sup>857</sup> *Cfr.* STS 14 de junio de 1945, *RJA*, núm. 703

<sup>858</sup> C. VATTIER FUENZALIDA, *op. cit.*, pág. 290.

artículo 921 Cc, no existe razón para no aplicar la salvedad impuesta en el citado precepto *in fine*.<sup>859</sup>

Asimismo, adquiere especial importancia el artículo 973 Cc, en virtud del cual: “(...) los hijos y descendientes del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva, conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente”. En efecto, si bien el precepto hace alusión a la reserva ordinaria, nada impide que se pueda aplicar a la presente, toda vez que los hijos y descendientes nombrados son los reservatarios, y en nuestro caso también lo son los parientes y sus descendientes<sup>860</sup>. Por tanto, si según el precepto citado, la sucesión en la reserva se establece conforme a las reglas de la sucesión de descendientes, si en todas las sucesiones rige el principio gradual, salvo el derecho de representación cuando tenga lugar (artículo 921 Cc) y éste tiene lugar en línea recta descendente (artículo 925 Cc), concluye MANRESA Y NAVARRO, que resulta “obvio que si algún reservatario que esté dentro de este tercer grado premuere al causante reservista, sus descendientes podrán representarlo”.<sup>861</sup>

Además no puede ser obviado el hecho de que el precepto incorpora de modo explícito en su texto el derecho de representación al régimen de las reservas. Efectivamente, dicho precepto *in fine* prescribe que: “El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre perderá todo derecho a la reserva, pero si tuviere hijos o descendientes, se estará a lo dispuesto en el artículo 857 y en el número 2 del artículo 164”.

Admitido pues el derecho de representación para el supuesto de desheredación, ¿por qué no habría de admitirse en el supuesto de premoriencia o incapacidad? ¿por qué otorgar un trato preferente al desheredado respecto de los otros? Verdaderamente, no

---

<sup>859</sup> D. DE BUEN, *Curso Elemental...* cit., pág. 590.

<sup>860</sup> La aplicación a la reserva lineal de las normas de la reserva ordinaria se encuentra sancionado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en las SSTs 25 de marzo de 1933 (RJA, núm. 1578).

<sup>861</sup> J. M<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, pág. 545.

existe razón alguna que justifique dicha distinción en el trato, que lo único que supondría es una discriminación entre uno y otros supuestos.

Podría afirmarse que el límite impuesto para este tipo de reservas condiciona y trunca la aplicación a las mismas del derecho de representación. En efecto, dicho límite puede entrar en colisión con los artículos relativos a la representación sucesoria, toda vez que podría producirse una transmisión de bienes a parientes que sobrepasen el tercer grado. Sin embargo ello no constituye un argumento que niegue la aplicación de la representación a la reserva, sino que actúa tan sólo como una limitación a los artículos 924 y siguientes que deberán respetar dicha restricción. En conclusión, respetando dicho límite, será de aplicación el derecho de representación sucesoria.

En lo relativo a la finalidad perseguida por el artículo 811, no debe entenderse que roce con la aplicación del derecho de representación. Así pues, habiendo afirmado que la reserva persigue evitar que por azares de la vida, bienes de una familia pasen a manos de extraños, no es preciso otorgar al régimen excepcional del precepto un alcance mayor que el exigido por dicha finalidad.

Reserva lineal y representación, afirma CASTÁN TOBEÑAS<sup>862</sup> lejos de contradecirse y oponerse se armonizan ya que comparten un mismo sentido familiar, una misma finalidad, ya que ambas persiguen proteger a la familia como institución social.

---

<sup>862</sup> J. CASTÁN TOBEÑAS, “El derecho de representación...”, *últ. cit.*, págs. 206 y 207, manifiesta en este sentido que: “La reserva lineal se propone hacer frente al azar que significa que los bienes de la familia pasen a otra cuando, muerto abintestato un hijo o un nieto, le hereda un ascendiente que ha contraído o contrae segundas nupcias. El derecho de representación tiende principalmente a evitar que el azar de una premoriencia prive de participación en una herencia a toda una estirpe de sucesores”. En la misma línea se manifiesta J. M<sup>a</sup> MANRESA Y NAVARRO, *op. cit.*, pág. 543.

En conclusión afirma con buen criterio ELOY ESCOBAR<sup>863</sup> que “lo que veda la Ley es, que puedan obtener los bienes reservables quienes se hallen de por sí fuera del grado tercero al cual aquella limita el beneficio y no los sobrinos del descendiente causante, parientes por tanto de éste en dicho grado ya concurran solos, ya con sus tíos siquiera deban, porque se lo impone inexcusablemente nuestro sistema sucesorio, reclamarlos abiertamente por derecho de representación”.

---

<sup>863</sup> E. ESCOBAR DE LA RIVA *El artículo 811... cit.*, pág. 14.

La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria

---

## **CONCLUSIONES**

## I

El estudio del fenómeno sucesorio resulta esencial al objeto de nuestro estudio por cuanto convergen en él una serie de conceptos que inciden en la estructura y naturaleza jurídica del derecho de representación. En este sentido, la designación - determinación del destinatario de la herencia así como de la atribución realizada a su favor- no forma parte de dicho fenómeno por preceder a la apertura de la sucesión. Debido a la posibilidad de revocación del testamento hasta la muerte del causante, la designación no adquiere valor jurídico hasta la apertura de la sucesión por lo que, premuerto el designado, éste no puede suceder y por tanto no puede ser llamado a la herencia. Así pues, la designación adquiere relevancia jurídica en el momento en que nace el derecho a heredar del designado, sin embargo, en este momento deja de ser designación y se convierte en vocación o llamamiento del sujeto a la herencia. Por lo dicho, debemos concluir que la designación es irrelevante de cara al estudio de nuestro instituto. En la representación sucesoria conviven dos designaciones, una a favor del representado, que no llega a desplegar sus efectos, y otra a favor del representante, que es la única que deviene eficaz al momento de la apertura de la sucesión. Consecuentemente, hay dos designaciones virtuales aunque sólo interesa la que se dirige al representante por ser la única eficaz.

## II

Vocación y delación constituyen dos momentos esenciales y distintos del fenómeno sucesorio. Así, mientras la primera constituye un llamamiento de todos los posibles herederos a una eventual sucesión, la delación, supone un paso más, pues consiste en el ofrecimiento del derecho a aceptar o repudiar la herencia. La delación, que presupone la vocación, se caracteriza por la posibilidad inmediata de suceder. Abierta la sucesión, son vocados simultáneamente todos aquéllos que son aptos para suceder al causante, sin embargo la delación surge sólo cuando el llamado puede aceptar. Aunque normalmente vocación y delación coinciden en el tiempo, esto no tiene que ser siempre

así, por ejemplo en el llamamiento condicional, el llamado bajo condición es vocado pero la delación se encuentra a la espera de que la condición se cumpla (delación diferida). También en el supuesto de sustitución vulgar para el caso de renuncia, hay vocación a favor del sustituto vulgar pero la delación surge cuando la repudiación tenga lugar (delación sucesiva). No ocurre lo mismo en la sustitución vulgar para el caso de premuerte o incapacidad pues el premuerto o incapaz no puede ser vocado por no cumplir los requisitos de aptitud requeridos al respecto, de tal suerte que la vocación se dirige directamente al sustituto desencadenándose de modo simultáneo la delación a su favor.

### III

En el derecho de representación, de modo semejante al supuesto de sustitución vulgar por premuerte o incapacidad, dada la imposibilidad del representado para suceder, que no reúne los requisitos requeridos de existencia o capacidad, no puede haber vocación a su favor. Por tanto la herencia se ofrece directamente al representante. Consecuentemente, se puede decir que, pese a su fisonomía peculiar, su estructura responde a un supuesto normal de vocación con delación inmediata. Esta vocación dirigida directamente por la ley al denominado representante, desencadena simultáneamente la delación a su favor.

### IV

Si bien resulta indiscutible en nuestro Derecho el llamamiento sucesorio bajo condición suspensiva, se debe concluir al respecto que, pendiente la condición, la delación queda diferida o suspendida, a la espera de que dicha condición se cumpla. Numerosos preceptos del Código civil avalan esta teoría, al impedir aceptar o repudiar la herencia antes de que la condición se cumpla, así como al exigir que el llamado debe estar cierto de su derecho. Además, para determinar la capacidad, nuestras normas exigen estar al momento en que se cumpla la condición. En conclusión no es

extrapolable a nuestro Derecho lo dispuesto por la doctrina italiana que partiendo del negocio condicional *inter vivos*, así como de razones de seguridad jurídica, acepta la existencia de una delación condicional que permite aceptar o repudiar la herencia *pendente condicione*, si bien la validez y eficacia de dicha delación queda supeditada a que la condición termina por producirse. Sin embargo, nuestro Código civil impide explícitamente la posibilidad de aceptar la herencia antes de que la condición se cumpla.

La existencia o no de delación condicional parece ser resuelta de un modo contradictorio en los artículos 759 y 799 Cc, no obstante debe concluirse que tal contradicción no existe. El artículo 759 hace referencia a la condición suspensiva sancionando que, ante una institución condicional, la delación resulta diferida hasta que la condición se haga efectiva, así, el llamado que fallece antes de que la condición se cumpla, no transmite nada ya que no adquiere nada. Por su parte, el artículo 799 Cc, pese a la redacción poco afortunada, se refiere al instituido, no bajo condición suspensiva, sino que se refieren al término incierto.

## V

Incluidos dentro del tipo de llamamientos bajo condición suspensiva se encuentran el llamamiento a favor de los *nascituri* así como el llamamiento a favor del *concepturus*, es decir, el que ni siquiera ha sido concebido, si bien respecto de este último, será necesario acudir a la utilización de otras figuras previstas en el Código a fin de admitir su viabilidad. Respecto al primer caso, admitidos los derechos de suceder del concebido y no nacido, no obstante la delación no tendrá lugar a la espera de que el *nasciturus* nazca con los requisitos del artículo 30 Cc Si bien en materia de donaciones se permite que éstas sean aceptadas por aquéllos que legítimamente representarían al *nasciturus* si se hubiera verificado su nacimiento, ello no es de aplicación analógica en materia sucesoria, pues el artículo 991 Cc imposibilita dicha aplicación al prohibir aceptar o repudiar la herencia sin estar ciertos, no sólo de la muerte del causante sino también de tener derecho a la misma. Respecto al llamamiento a favor del no concebido, éste se prevé expresamente por el Código civil que permite al *concepturus* ser llamado a



la sucesión de un modo mediato acudiendo a la llamada sustitución fideicomisaria. Sin embargo, hoy está admitido un llamamiento inmediato al no concebido, por entender que lo contrario sería ir en contra de la voluntad del testador que, mientras sea lícita, es decir no contradiga las normas sobre la legítima, ni sea contraria a la moral o a las buenas costumbres, debe ser la única ley en materia sucesoria. Admitida esta institución de heredero, la misma tendrá carácter condicional y en consecuencia los bienes se pondrán en administración a la espera de que la condición (concepción y nacimiento del *nondum conceptus*) se cumpla. Existe no obstante otro modo directo de instituir heredero o legatario al no concebido sin necesidad de poner la herencia en administración, a través de una disposición directa a favor del no concebido con previo usufructo a favor de otras personas.

## VI

Los preceptos del Código civil, relativos a la incapacidad e indignidad para suceder, nos llevan a la conclusión de que ambas deben tener los mismos efectos jurídicos y por tanto, ambas permiten en principio que el indigno o incapaz sean delados, si bien con efectos claudicantes pues responden al principio *potest capere sed non retinere*. Sin embargo, pese a las distintas soluciones doctrinales al respecto de la existencia o no de delación en los supuestos de incapacidad e indignidad, entendemos que optar por una u otra carece de trascendencia a efectos prácticos. En efecto, si bien entendemos que sí existe delación, impugnada la sucesión por indignidad, aquélla tendrá efectos retroactivos de tal suerte que es como si nunca hubiera existido tal delación.

## VII

El sistema sucesorio germánico que supone una adquisición *ipso iure* de la herencia no impide la existencia del derecho de representación, ya que no supone la inexistencia de la delación. Aquí, al igual que en el sistema romanista, el sujeto es llamado a la herencia, lo que ocurre es que el llamamiento coincide en el tiempo con la

adquisición y por ello no requiere aceptación. En conclusión, partiendo de que el derecho de representación establece una sola delación a favor del representante, también es operativo en el sistema de adquisición germánico, en el que también el premuerto o incapaz no llega a ser delado.

## VIII

La representación sucesoria hay que distinguirla de la transmisión del *ius delationis* que tiene lugar cuando el llamado a la herencia muere sin haber ejercitado dicho derecho, es decir, sin aceptar ni repudiar la herencia. Por tanto, lo que se transmite es el *ius delationis* o derecho a aceptar o repudiar la herencia, ya que el llamado no ha ejercitado dicho derecho. Así pues, es esencial la existencia de la delación para que la transmisión tenga lugar. La existencia de cierto paralelismo con la representación sucesoria no debe llevarnos a confundirlas, ya que existen importantes diferencias entre ambas, que operan en ámbitos distintos y obedecen a razones diferentes. En el derecho de representación, la muerte del representado o su incapacidad debe acontecer con anterioridad a la del causante, de tal suerte que no se transmite nada ya que no llegó a haber delación a su favor. En la transmisión es imprescindible la postmoriencia, único supuesto en el que tiene lugar dicho instituto. Además, en la representación la delación y vocación son directas de modo que el representante es heredero directo del primer causante (tan sólo son indirectas por cuanto se producen por referencia a la que tenía el representado). Sin embargo, los que suceden por derecho de transmisión serán herederos del llamado por el causante en primer lugar. Así en el denominado derecho de transmisión hay dos sucesiones, pues el transmisario que ejercita el *ius delationis* transmitido adquiere la herencia del primer causante y por tanto le sucede.

## IX

Para otorgar un concepto claro y conciso del derecho de representación en materia sucesoria resulta preciso constatar tanto su aspecto subjetivo como el objetivo,

ya que ambos determinan las particularidades de esta institución. Por tanto hay que tener en cuenta, por un lado los eventuales titulares de este derecho –parientes del causante en línea recta descendente hasta el infinito- y sólo a los de segundo grado de línea colateral. Por otro lado, el objeto de la representación, que está constituido por lo que hubiera correspondido al llamado en primer lugar si viviera o hubiera podido heredar. Consecuentemente, la herencia se dividirá por estirpes a fin de evitar que los representantes reciban más de lo que hubiera correspondido a su ascendiente perjudicando así a los coherederos de éste. Asimismo añadir que en el derecho de representación tan sólo tiene lugar una vocación y una delación, por lo tanto el llamamiento tiene lugar directamente a los representantes. En efecto, el representado, que ha premuerto, o es incapaz o ha sido desheredado carece de capacidad para heredar y por tanto no puede haber delación a su favor y, si la hubiera, los efectos retroactivos de la incapacidad conllevan a que se entienda que nunca hubo delación.

## X

Las tendencias subjetiva y objetiva, existentes en lo relativo al fundamento del derecho de representación sucesoria no deben entenderse excluyentes entre sí, sino que ambas se complementan. Así pues, el fundamento de esta figura no debe buscarse única y exclusivamente en el cariño que el causante siente hacia los sustitutos del representado y en la voluntad presunta del testador, sino que debe complementarse con razones de índole objetivo basadas fundamentalmente en la necesidad de protección legal de la familia del causante.

## XI

Pese a que ninguna de las teorías existentes sobre la naturaleza jurídica del derecho de representación encajan a la perfección con nuestro instituto, entendemos que

la más afín es la sustitución vulgar, pues también aquí los designados suceden en lugar de otra persona con la diferencia de que mientras en ésta el cambio de heredero está previsto por el testador, en nuestro instituto éste se realiza por ministerio de la ley. Así, en ambas figuras la delación es única a favor del representante o sustituto, salvo en este último caso, si el sustituido renuncia, pero justo en el supuesto de renuncia no operaría el derecho de representación. En efecto, además de los supuestos de premuerte, desheredación e incapacidad, el derecho de representación es de aplicación a otros supuestos como son comoriencia y ausencia legal. Queda fuera del juego de la representación, sin embargo la renuncia, pues así resulta implícitamente de los preceptos del Código civil. La cuestión es regulada de un modo explícito en el artículo 923 Cc en concordancia con el 929 del mismo texto legal.

## XII

En virtud del artículo 933 Cc, habiendo sólo nietos del causante, estos heredarán siempre por derecho de representación. Una solución distinta parece otorgar el artículo 923 al manifestar que si los parientes más próximos del causante hubieran repudiado la herencia, los del grado siguiente heredarán por derecho propio. Al respecto debemos concluir que la verdadera finalidad de este último precepto es reafirmarse en la exclusión de la representación sucesoria para el supuesto de renuncia. Consecuentemente fuera de los casos de renuncia, el Código civil prevé que los nietos hereden por derecho de representación. Si bien esta es la solución dada por nuestro Derecho al respecto, entendemos más justa y coherente con la mecánica de la sucesión intestada y el principio de proximidad de grado, que concurriendo a la herencia del causante sólo nietos, éstos hereden por derecho propio. Dada la laguna legal existente para el caso de que todos los hijos del causante hubieran sido desheredados o indignos, pues el 933 Cc sólo hace referencia al fallecimiento, entendemos que en ambos supuestos los nietos heredarán por derecho propio.

### XIII

Junto al supuesto de premuerte, indignidad o desheredación, la representación sucesoria opera en otros supuestos análogos, como son el de comoriencia y ausencia declarada. Respecto el primero, ha de entenderse que comoriencia equivale a premoriencia a estos efectos, por lo que es más justo entender que opera el derecho de representación ya que se cumplen sus presupuestos esenciales, a saber, la imposibilidad de que el primer llamado pueda aceptar la herencia. En efecto, el hijo que fallece al tiempo de su padre no puede sucederle por causas ajenas a su voluntad, lo cual encaja perfectamente en la expresión utilizada por el artículo 924 Cc “*hubiera podido heredar*”. También la ausencia equivale aquí a premoriencia, ya no se trata de representar a una persona viva, sino a una persona que no se sabe si lo estará, siendo bastante probable que esté muerta. Nuevamente el supuesto encaja con la citada expresión del 924. Por tanto, los representantes del ausente suceden al causante si bien con la provisionalidad propia de la situación de ausencia y la obligación de hacer inventario y reservar los bienes hasta la declaración de fallecimiento. Por lo que atañe a la desheredación, admitido que ésta pueda tener lugar en la intestada, en dicho supuesto, al igual que si existiera testamento o que el representado fuera indigno, la representación sucesoria se ceñirá a la legítima. El Código civil así lo establece expresamente.

### XIV

El derecho de representación opera también en el caso de exclusión de la herencia de los herederos legales. Tanto los presupuestos legales del derecho de representación como su fundamento se ajustan a una respuesta afirmativa. En primer lugar, si partimos de la sucesión intestada como ámbito natural en el que opera nuestro instituto, dicha cuestión coincide con las circunstancias de la exclusión testamentaria de los herederos *abintestato*, ya que el llamamiento que se efectúa es una delación legal. Asimismo, si el efecto primordial de la exclusión es que la herencia se defiende como si

el excluido no existiese, resulta evidente que éste, tal como requiere el artículo 924 Cc no podrá aceptar y por lo tanto se coloca en una situación similar a la del premuerto, desheredado o indigno. Además, si se considera que la representación constituye una excepción al principio de proximidad de grado a fin de evitar situaciones injustas y favorecer a la parentela del llamado que no llegó a heredar, entonces, del mismo modo, los hijos del excluido no deben resultar perjudicados por razones independientes a ellos. Por tanto se puede afirmar que la exclusión constituye uno de los presupuestos objetivos para que entre en juego nuestro instituto.

## XV

Los descendientes que concurren a la herencia por derecho de representación adquieren no sólo los derechos sino también las obligaciones que corresponderían al representado si viviera o hubiera podido heredar. Así pues el representante asume la obligación de colacionar aquellas liberalidades que fueran imputables al representado, quedando exento de dicha colación en los supuestos en que el hijo premuerto del causante, padre del representante fuera discapacitado. Esta obligación, limitada a la línea recta descendente, pretende mantener en lo posible un trato igualitario entre los herederos forzosos del causante aún en el caso de que uno de ellos hubiera fallecido y su posición fuera ocupada por terceros. Sin embargo, si la donación hecha al hijo excediera de la cuota del nieto, éste no tendría que restituir de su propio patrimonio el exceso.

## XVI

Efecto fundamental de la representación es el reparto de la herencia por estirpes. Quedando sólo nietos del causante por haber premuerto todos los hijos, la división se hará así dado el artículo 933 Cc No obstante ello supone un trato desigualitario respecto de los descendientes en línea colateral ya que si los sobrinos concurren solos a la herencia de su tío no es de aplicación el derecho de representación. En contra del derecho de representación en el supuesto de estirpe única se ha dicho que resulta innecesario si se parte de que aquél sirve para evitar exclusiones injustas en la sucesión

de una persona, lo que exige una pluralidad de estirpes. Por tanto, aplicar aquí el derecho de representación supondría un perjuicio de la estirpe frente a extraños que podrían beneficiarse de la obligación de colacionar que pesa sobre la misma. Sin embargo de la interpretación conjunta de diversos preceptos del Código civil se desprende que también en este caso debe aplicarse el derecho de representación, lo cual no quiere decir que la división de la herencia deba hacerse por estirpes, ya que en este caso resulta indiferente y sin consecuencias prácticas. Así pues, el hecho de que la herencia no se distribuya por estirpes en el caso de estirpe única se debe a una imposibilidad lógica; ello no implica que la representación sucesoria no despliegue sus efectos en materia de colación y reducción de donaciones.

## XVII

En cuanto a la aplicación del derecho de representación a la sucesión testamentaria, con anterioridad a la reforma operada por la Ley de 13 de mayo de 1981, la tesis que más se ajusta a la exégesis de la ley, y la más secundada por la escasa jurisprudencia existente al respecto, es aquélla que niega la posibilidad de que nuestro instituto sea de aplicación a la sucesión testamentaria más allá de la porción legítima, que será estricta o larga en función de si el testador usó la mejora a favor de alguno de sus descendientes. En efecto, la mejora no es tal hasta que el testador hace uso de ella, mientras tanto es legítima y debe considerarse como tal a todos los efectos. En consecuencia, limitado el ejercicio en estos casos a la legítima, ha de concluirse que tampoco la representación sucesoria será de aplicación a la línea colateral, toda vez que los hijos del hermano instituido en testamento que premuera al testador, o resulte incapaz, carecen de la condición de legitimarios.

## XVIII

Con la introducción del artículo 814.3º Cc, el legislador no pretendía resolver un problema relativo a la representación sucesoria, sino que buscaba evitar la preterición de los descendientes de un descendiente premuerto, que son, a su vez, legitimarios. No

obstante, el precepto viene a introducir un verdadero derecho de representación en la sucesión testamentaria para el caso específico que contempla y sólo para ese supuesto. Verdaderamente, si el legislador hubiera querido introducir el instituto con carácter general en la sucesión testada, lo habría regulado en la sección reguladora específicamente del derecho de representación.

## XIX

En cuanto a los supuestos de hecho a los que se debe aplicar el artículo 814.3 C.c, razones de orden histórico fundamentan su aplicación únicamente al supuesto de premoriencia. El precepto nace a fin de resolver un problema existente antes de la reforma de 1981 en relación con la premoriencia del legitimario no preterido y no a resolver situaciones ya previstas en el Código civil, como son los supuestos de indignidad y desheredación regulados en los artículos 761 y 857 del Código civil. Además, si bien en base al sentido gramatical de la norma, cuya redacción ha sido elaborada en términos amplios, podría incluirse su aplicación a la desheredación justa, ello no es posible, ya que ésta por definición excluye la preterición. El legitimario afectado por aquélla no se considerará un preterido sino un desheredado, de tal suerte que se encuentra sometido al régimen de la desheredación y no al de la preterición. La misma conclusión se obtiene en relación a la indignidad. El indigno no ha sido preterido porque no es preterible ya que carece de derecho sucesorio alguno, y por tanto, no es admisible mantener la existencia de la obligación legal de incluir en la sucesión a una persona que carece legalmente de derecho a participar de ella. Además, el artículo 814.3 Cc establece una hipótesis general que opera en defecto de normas que establezcan algo distinto. Sin embargo en este caso los artículos 761 y 857 sancionan el resultado para los supuestos de desheredación e incapacidad. Ambos preceptos son más específicos que el artículo 814.3º y no contradictorios con su contenido, sino delimitadores del mismo. Por ello, resultan de aplicación preferente frente a la regla general establecida por este último que quedaría reservado, para el caso de premoriencia. Al supuesto de premuerte debe equipararse la declaración de fallecimiento, por cuanto consiste en una resolución judicial mediante la cual se considera muerta a la persona desaparecida y por



tanto los efectos deben ser los mismos, y la ausencia legal, por cuanto se manifestó respecto a la tesis favorable a la aplicación del derecho de representación a este supuesto de hecho. Sin embargo en ambos supuestos, los efectos tienen una cierta provisionalidad por cuanto no se excluye la posibilidad de que la persona viva y se presente.

## XX

La representación sucesoria prevista por el artículo 814.3 Cc sólo es aplicable a los descendientes del instituido premuerto, la dicción es clara al respecto. Así pues, a diferencia de la sucesión intestada, quedan excluidos de su campo de aplicación los sobrinos del causante, lo cual se explica porque éstos carecen de la condición de legitimarios y por tanto, no son susceptibles de preterición. En cuanto al *quantum* al que ha de aplicarse el artículo 814.3, debe entenderse incluido todo aquel que habría recibido el instituido premuerto. Verdaderamente, si la ratio del precepto radica en evitar la preterición, ello sólo se alcanza colocándoles en el mismo lugar que ocupaba su ascendiente en la herencia del causante. Si no se les considera preteridos es precisamente porque se entiende que son llamados en la misma medida que lo fue el representado.

## XXI

Ante la falta de un legitimario no preterido en la herencia de su ascendiente, que deja descendientes omitidos por el testador, es posible que éste haya previsto algo distinto a lo legalmente establecido. En este caso, se podría producir una eventual colisión entre ambas soluciones, legal y testamentaria, surgiendo la necesidad de determinar cuál de dichas soluciones debería primar. Si el testador hubiere dispuesto una sustitución vulgar a favor de los descendientes del legitimario que falla, entonces resulta descartada una posible colisión, entre la sustitución dispuesta por el testador y el derecho de representación previsto por el artículo 814.3 Cc, toda vez que, falla uno de los requisitos esenciales para que sea posible la aplicación del citado precepto, pues los

legitimarios no han sido preteridos y consecuentemente no será preciso que entre en juego nuestro instituto. Sin embargo puede haber ocurrido que el testador hubiere dispuesto una sustitución vulgar a favor de extraños, en cuyo caso deberá darse primacía a lo dispuesto por el testador sin más límite para el testador que lo establecido en materia de legítimas, pues así lo establece el artículo 815 Cc. Por tanto, primará la sustitución dispuesta por el mismo en la medida en que le sea posible, es decir, en todo aquello que no perjudique a la legítima que corresponderá a los descendientes del legitimario que falló. A la misma solución nos llevaría el artículo 814. 5 Cc por cuanto el mismo establece que a salvo las legítimas tendrá preferencia lo dispuesto voluntariamente por el testador.

## XXII

No es posible una colisión entre la sustitución fideicomisaria y la representación sancionada por el artículo 814.3 Cc. Ello se debe a la diferente estructura de ambas figuras, pues si la representación presupone que el instituido ha fallado en la sucesión testamentaria, aquélla, sin embargo, presupone a su vez, que el fiduciario sobrevive al causante y acepta la herencia. No obstante si se diera el caso de que el fideicomisario no llega a heredar porque el fiduciario, descendiente del testador, no quiere o no puede aceptar la herencia dejando, a su vez, descendientes que no han sido mencionados en el testamento del causante, parece más acorde con la voluntad del testador que la sustitución fideicomisaria lleva implícita una sustitución vulgar que desplaza al llamamiento intestado respecto del fiduciario. Por tanto llegaríamos a la misma solución que en la conclusión anterior. En lo relativo a una posible colisión entre la sustitución pupilar o ejemplar y el derecho de representación previsto en el artículo 814. 3 Cc, la cuestión resulta algo más compleja, ya que depende de la posición que se adopte al respecto del objeto de la sustitución. Partiendo de que estas sustituciones deben ser entendidas en sentido restrictivo como simples sustituciones. Admitido, por tanto, que el sustituyente sólo puede nombrar un heredero para la porción en la que instituye al sustituido en su propia herencia, y dado que en este supuesto la preterición queda excluida por dicha institución, se podría aplicar el artículo 814.3 C.c y entrar en

conflicto con la sustitución pupilar o ejemplar. Sin embargo, también en este supuesto y por las mismas razones expresadas, habría de darse idéntica solución a la otorgada al posible conflicto entre representación y sustitución vulgar. Así pues, fallecido el sustituido dejando herederos forzosos que no han sido mencionados suficientemente en el testamento del sustituyente, operará la sustitución dispuesta por el causante en todo aquello que no perjudique la legítima de los descendientes del sustituido. El respeto de los derechos legitimarios se encuentra plenamente cubierto, no sólo por el artículo 814.5 Cc, sino también por el artículo 777 Cc, a tenor del cual: *“Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen la legítima”*.

### XXIII

En el supuesto de que el testador haya establecido, el acrecimiento a favor de los coherederos de la porción o porciones que pudieran quedar vacantes, de modo muy similar a lo expuesto anteriormente para la sustitución vulgar, y sobre la base de los mismos argumentos desarrollados para la misma operará el acrecimiento, en virtud del artículo 814.5 Cc, en la medida en que lo consienten los derechos legitimarios de los descendientes de ulterior grado, quienes representarán a su ascendiente inmediato exclusivamente en la porción legítima.

### XXIV

La reserva lineal que sanciona el artículo 811 Cc no responde con exactitud al principio de troncalidad, ya que su finalidad no consiste en la vuelta de los bienes al tronco común, no persigue la conservación del patrimonio familiar, sino que la ratio radica en evitar que los bienes salgan del núcleo familiar para pasar a otro totalmente extraño. Por tanto, primará la sustitución dispuesta por el mismo en la medida en que le sea posible, es decir, en todo aquello que no perjudique a la legítima que corresponderá a los descendientes del legitimario que falló. La reserva lineal constituye un supuesto de sucesión excepcional que conforma una limitación de la legítima de los ascendientes en

relación a determinados bienes provocando una evidente limitación del poder de disposición del ascendiente reservista sobre los mismos. Dado el carácter excepcional de esta reserva, el precepto ha de ser interpretado de manera restrictiva. El derecho de representación es aplicable a la reserva del artículo 811 Cc siempre y cuando no se exceda del límite del tercer grado por lo que los hijos del hermano premuerto del descendiente serán preferidos a otros posibles reservatarios y concurrirán a la reserva con los demás hermanos de dicho descendiente.

La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria

---

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ALBANESE, A., (*Sostituzioni, rappresentazioni e accrescimento, I meccanismi successori tra autonomia privata e delazione legale*, CEDAM, 2007
- ALBALADEJO GARCÍA, M., “La adquisición de la herencia en el Derecho español”, *ADC*, 1955
- ALBALADEJO GARCÍA, M., “La sustitución vulgar”, *R.D.N.*, enero-marzo, 1955.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., “Para una interpretación del artículo 814, 1.º del Código Civil”, *RDP*, 1967.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., “La sucesión “*iure transmissionis*”, *ADC*, julio-septiembre 1952, tomo V fascículo III.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, t. X, vol. 2º, Madrid, EDERSA, 1984.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, t. X, vol. 1º, Madrid, EDERSA, 1987.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., “Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del fideicomisario”, *RDP*, Madrid, 1979.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., “Las sustituciones fideicomisarias puras a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad, el momento de la delación fideicomisaria y la expansión del derecho del fiduciario o del

fideicomisario” (continuación del artículo publicado en el número de junio de 1979 de la Revista de Derecho Privado), *RDP*, 1979.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1982.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., “Duda sobre si el testador quiso un representante o un sustituto vulgar del instituido”, *AC*, 1988-1.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Desde el instante en que nace, todo niño es persona e inscribible en el Registro*, ed. *RDP*, 1997.

- ALBALADEJO GARCÍA, M., “La sucesión del descendiente ulterior del causante en lugar del descendiente intermedio no preterido (análisis del artículo 814, párrafo antepenúltimo, del Código civil)”, *AC*, nº 28, 2003.

- ALBI AGERO, T., “Derecho de acrecer entre herederos forzosos”, *RDP*, tomo XXVI, núm. 300, febrero de 1942.

- ALGABA ROS, S., *Efectos de la desheredación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, t. I, Madrid, 1947.

- ARIAS RAMOS, J.- ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano, vol II*, 17.<sup>a</sup> ed., Madrid, EDERSA 1984.

- ARRIBAS, J., *Explicaciones de Derecho civil IV*, Valladolid, s.d.

- BALLESTER GINER, E., *Derecho de sucesiones, aspecto civil y fiscal*, Madrid, EDERSA, 1989.
- BARASSI, L., *Le successioni per causa di morte*, 3ª ed., Milano, A. Giuffrè, 1947.
- BAUNDRY-LACANTINERIE, G. - WHAL A., *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des Successions*, t. I, París 1905.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., “Naturaleza jurídica del acrecimiento hereditario”, *RDP*, 1955.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, P., *El derecho de acrecer (negocios “inter vivos” y “mortis causa”)*, ed. Revista de Derecho Privado Madrid 1956.
- BERMEJO PUMAR, Mª. M., *Instituciones de Derecho privado*, t. V, Sucesiones, vol. 3º “Las atribuciones legales”, coordinador general J. F. DELGADO DE MIGUEL, Madrid, Civitas, 2005
- BETTI, E., “Sulla natura giuridica della girata dei titoli all’ordine”, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1927, I.
- BETTI, E., *Teoría general negocio jurídico*, traducido y concordado por A. Martínez Pérez, Madrid, s.d.
- BINDER, J., *Derecho de sucesiones*, traducción y anotaciones de Derecho español por J. L. Lacruz Berdejo, Barcelona, Labor, 1953.
- BOLÁS ALFONSO, J., “La preterición tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *AAMN*, 1982.



- BONET RAMÓN, F., Comentario a la sentencia de 6 de diciembre de 1952, *RDP* 1953.
- BONFANTE, P., *Instituciones de Derecho romano*, trad. de la 8ª ed. Italiana por L. Bacci y A. Larrosa, revisada y puesta al día por F. Campuzano Horma, Madrid, REUS, 1929.
- BRIOSO ESCOBAR, E. L., “El derecho de representación en la sucesión intestada de los descendientes y los artículos 921, 923 y 933 del Código Civil”, *RJN*, 1993.
- BRUNNER, H.- SCHWERIN, V., *Historia del Derecho germánico*, trad. de la 8ª edición alemana por J. L. ÁLVAREZ LÓPEZ Barcelona, Labor, 1936.
- BURGOS BOSCH, J. J., “El derecho de representación en la herencia testada”, *Curso de conferencias del Colegio Notarial de Barcelona el día 31 de marzo de 1942*, Barcelona 1943.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- CÁMARA LAPUENTE, S. *La exclusión testamentaria de los herederos legales*, Madrid, Civitas, 2000.
- CANOVAS COUTIÑO, “Jurisprudencia de la Dirección General de Registros y del Notariado”, *RDI*, septiembre-octubre 1959.
- CAPOZZI, G., *Successioni e donazioni*, t. I, Milano, 1983.
- CARIOTTA-FERRARA, L., *Le Successioni per causa di morte*, Parte Generale, I, Napoli, 1958.

- CASTÁN TOBEÑAS, J., “El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria”, *RGLJ*, agosto de 1942 y en Separata del “Instituto Editorial REUS”, Madrid 1942.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., “El derecho de representación en la sucesión lineal del artículo 811 del Código Civil”, *RDP*, septiembre de 1940.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Sucesiones*, tomo sexto volumen tercero, octava edición, Madrid, REUS, 1978.
- CICU, A., *Le successioni*, parte generale, 3 ed., Milano, 1947.
- A. CICU, *Derecho de sucesiones, Parte General*, Bolonia, 1964.
- CLEMENTE DE DIEGO F., “El derecho de representación y la reserva del artículo 811 del Código Civil”, *RDP*, 1927.
- CLEMENTE DE DIEGO F., *Instituciones de Derecho Civil Español t. III Derecho de sucesiones*, ed. revisada y puesta al día por A. de Cossío y A. Gullón, Madrid, 1959.
- COBACHO GÓMEZ, J. A., “Notas sobre la preterición”, *RDP*, mayo 1986.
- COLIN, A. - CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho Civil*, traducción por la redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas sobre el Derecho Civil español por Demófilo de Buen, tomo VII, Editorial REUS, Madrid 1927.
- COVIELLO, L., *Successione legittima e necessaria*, 2ª ed., Edit. Giuffrè, Milano, 1938.

- CRUZ AUÑÓN, “Un caso frecuente de preterición”, *AAMN*, 1946.
- CRUZ AUÑÓN “Un supuesto práctico de preterición”, *AAMN*, *III*, 1946
- D’AGUANNO, J., *Génesis y evolución del Derecho Civil según los resultados de las ciencias antropológicas e histórico-sociales*, trad. P. Dorado Montero, Madrid, imprenta La España Moderna, s.f.
- DAVILA GARCÍA, “Herederos y legitimarios en el Registro de la Propiedad”, *RCDI*, tomo XXI, octubre 1945.
- DE BUEN, D., “Reserva de bienes”, en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XXVII, Barcelona,
- DE BUEN, D., *Notas al Curso elemental de Derecho civil de A. Colin y H. Capitant*, t. VIII, 3ª ed. revisada y puesta al día en la parte española por Pascual Marín Pérez, Madrid, REUS, 1957.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, parte general, tomo I, Valladolid, s. f.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. facsímil de 1997, Madrid, Civitas.
- DE CASSO Y ROMERO I., CERVERA - JIMÉNEZ-ALFARO F., *Diccionario de Derecho Privado*, tomo I: El derecho de representación,, por Oliva de Castro, Barcelona, Labor, 1954.
- DE COSSÍO, A., “Teoría general de la ausencia”, *RDP*, febrero de 1942, tomo XXVI, núm. 300.

- DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., “Estirpe única y representación hereditaria”, *Estudios de Derecho civil II*, Pamplona, Aranzadi, 1992.
- DE FUENMAYOR CHAMPIN, A., “Mejora ordenada por el reservista del artículo 811 del Código Civil”, *RDP*, 1946
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Compendio de Derecho Sucesorio*, Madrid, La Ley, 1990.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “El derecho de representación en la herencia testada y la preterición de herederos forzosos”, *RDN*, enero-marzo 1955.
- DE LA CUEVA Y DONOSO, M., *La verdad sobre el 811*, Sevilla 1934
- DE LA OLIVA DE CASTRO, A., *Diccionario de Derecho Privado*, dir. Ignacio de Casso y, Romero Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, reimpresión de 1ª ed., Barcelona, Labor, 1954.
- DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J., *Direito civil, Sucessões*, 4ª ediç., Coimbra Editora, Limitada, 1989.
- DE PABLO CONTRERAS, P., “Preterición, derecho intemporal y Constitución española”, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, *ADC*, T. XL, fasc. 2, abril-junio 1987.

- DE ROVIRA MOLA, A., “Ámbito del derecho de representación sucesoria en el Código Civil”, *RDP*, 1951.
- DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil, vol. II Derecho de obligaciones, Derecho de familia, Derecho hereditario*, trad. 4ª ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santacruz Teijeiro, Madrid, REUS, 1931.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., “La reforma en el Derecho de Sucesiones”, en LACRUZ BERDEJO, *El nuevo régimen de la familia, II*, Madrid, Civitas, 1981.
- DÍAZ ALABART, S., *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- DÍAZ ROMERO, Mª R., “La reserva viudal. Vigencia actual”, *ADC*, t. LIX, 2006.
- DÍEZ PASTOR, J. L., “Las disposiciones testamentarias a favor de los no concebidos”, *AAMN*, t. VI, Madrid, 1952.
- DÍEZ PASTOR, J. L., “Apéndice pseudo polémico”, *AAMN*, t. VI, Madrid, 1952.
- DÍEZ-PICAZO, L.- GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil IV*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1983.
- DÍEZ-PICAZO, L.- GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil IV*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.
- DÍEZ SOTO, C. M., *La conversión del contrato nulo (su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español)*, Barcelona, Bosch, 1994.

- DOMÍNGUEZ DE MOLINA, J., “Algunas consideraciones sobre el artículo 811 del Código Civil”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección tercera, vol. II, Madrid, Estudios Jurídicos Varios, 1962.
- DORAL GARCÍA, J.A., “La reserva hereditaria común”, *ADC*, julio-septiembre, 1977.
- D'ORS A. *Derecho Privado Romano*, Edit. EUNSA, 9ª edición, Pamplona 1997.
- ENTRENA KLETT, C. Mª, “Sobre la reserva del 811”, *RGD*, 1959.
- ESCOBAR DE LA RIVA, E., “El derecho de representación en la herencia testada”, *RDP* 1954.
- ESCOBAR DE LA RIVA, E., *El artículo 811 del Código Civil. Doctrina, Jurisprudencia, Proyecto de Reforma*, San Fernando, 1940.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., “Alcance cuantitativo del derecho de representación sucesorio en los casos de indignidad y desheredación”, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, V, 5ª ed., Madrid, 1978.

- FALGUERAS Y OZAETA, I., “Algunas consideraciones acerca del artículo 814 del Código Civil”, RGLJ, 1910.
- FERRI, L., *Rinunzia e rifiuto nel Diritto privato*, Milano, 1960.
- FERRI, L., “Disposizioni generali sulle successioni : dell'apertura della successione, della delazione e dell'acquisto dell'eredità della capacità di succedere, dell'indegnità... : art. 456-511”, en *Commentario del Codice Civile* SCIALOJA/BRANCA. libro secondo, 3ª ed., Bologna-Roma, 1997.
- FRAUCA LLAMAS, D., *La representación sucesoria en el Derecho Navarro*, Zaragoza, 1956.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., “Designación “mortis causa”, vocación hereditaria y adquisición automática”, RDN. abril-junio, 1959.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., “Preterición formal y material y nulidad de la institución”, *ADC*, T. XXII, fasc. II, abr.-jun., 1969.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código civil*, 2ª ed., Madrid, Colegios notariales de España, 2006.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid, Civitas, 1996.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza 1974.
- GARCÍA MORENO, J. M., “La preterición de herederos forzosos en el Derecho Común tras la reforma de 1981”, *AC*, tomo IV, Madrid, 1995.

- GARCÍA DE VALDEAVELLANO, L., *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho Español Medieval*, t. III, núm. 1, Salamanca 1956.
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La colación hereditaria*, Madrid, Tecnos, 2002.
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, 1989.
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., “El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego”, *ADC*, octubre-diciembre, 2000
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, Cálamo, 2002.
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., “La persona”, *Base de conocimiento jurídico Iustel*, <http://www.iustel.com/v2/c.asp>
- GARCÍA VALDECASAS, G., “La adquisición de la herencia en Derecho español”, *RDP*, 1944.
- GARCÍA VALDECASAS, G., “De nuevo sobre la adquisición de la herencia (en defensa de una tesis)” *RDP*, 1951.
- GENOVÉS AMORÓS, “La desheredación y la reservas”, en *RDP*, 1947.
- GIMÉNEZ ARNAU, E., “El derecho de representación en la sucesión voluntaria”, *RCDI*, núm. 141, 1940.



- GIMÉNEZ DUART, T., “Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas”, *RDN*, abril-junio, 1985.
- GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de Droit Roman, sixième édition, revue et augmentée*, Paris 1918.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M., *La administración de la herencia en el Derecho español*, Madrid, 1950.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XIV, dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, EDERSA, 1989.
- GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios al Código civil*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2006.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J., “Diagnóstico y tratamiento del “pseudo usufructo testamentario”, en *Estudios jurídicos de arte menor*, Pamplona, 1964.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J., *La enajenación de bienes pseudo-usufructuados*, Conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, verano de 1948, Madrid, EDERSA, 1950.
- GORDILLO CAÑAS, A., *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. M. Albaladejo, t. XIII, vol. 1º, Madrid, Edersa, 1989.
- HERNÁNDEZ GIL, F., “La indignidad sucesoria, naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos”, *RDP*, t. XLV, Madrid, 1961.

- HERNÁNDEZ GIL, F., *Dictámenes II, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones. Cuestiones procesales*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1968.
- HERNÁNDEZ VALDEOLMILLOS, G., “La transmisión del *ius delationis*”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1988.
- JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis” una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”*, Madrid, Civitas, 1990.
- JORDANO FRAGA, F., *Indignidad sucesoria y desheredación (Algunos aspectos conflictivos de su recíproca interrelación)*, Comares, Granada, 2004.
- JÖRS, P., - KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, traducción de la segunda edición alemana por L. Pietro Castro, Labor, 1937.
- ISABAL, M., “La doctrina de las condiciones en Derecho y los arts. 759 y 799 del Código civil”, *RDP*, 1926.
- KASER, M., *Derecho romano Privado*, versión directa de la 5ª versión alemana traducida por Santa Cruz Teijeiro, Inst. Edit. REUS, Madrid 1968.
- LACAL, P., “Herederos legitimarios” *RCDI*, T. XXI, núm. 210, noviembre 1945.
- LACAL, P., “Herederos y legitimarios”, *RCDI*, 1948.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Anotaciones a J. BINDER, Derecho de Sucesiones*, traducido de la 2ª ed. alemana y anotado conforme al Derecho Español por J. L. LACRUZ BERDEJO, Barcelona, Labor, 1953.

- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones, Parte General, “Tratado teórico-práctico de Derecho civil”*, de J. L. LACRUZ y M. ALBALADEJO, V-1, Barcelona, Bosch, 1961.
- J. L. LACRUZ- F. SANCHO, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1973.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./ SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil V, Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo de 7 de julio de 1981*, Barcelona, Bosch, 1981.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./ SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, v, Derecho de Sucesiones*, Barcelona, Bosch, 1988.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./ SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5ª ed., Barcelona, Bosch, 1993.
- LANZAS GALVACHE, J.- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “El derecho de representación del artículo 814 párrafo tercero del Código Civil”, *RCDI*, mayo-junio, 1988.
- LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, 4ª ed., revisada y puesta al día por J. Lete Achirica, Madrid, 2000.
- LINARES NOCI, R., “Planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que han precedido a la nueva regulación legal de la preterición”, *ADC*, T. XLII, fasc. I, en.-mar., 1989.
- LINARES NOCI, R., “La preterición intencional y no intencional después de la reforma de 13 de mayo de 1981”, *RCDI*, septiembre-octubre, 1988.

- LLAMAS Y MOLINA, S., Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro, Barcelona, Banchs, 1974, Reprod. facsímil de la ed. de Madrid, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1852.
- LLEDÓ YAGÜE, F., *Derecho de sucesiones. Delación-legítimas-reservas*, vol. I, Bilbao 1989.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Derecho de sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LÓPEZ RENDO, C., “Reflexiones sobre la preterición en el Código Civil. Comentario al artículo 814 tras la reforma sufrida por Ley de 13 de mayo de 1981.”, *AC*, T. Y, Madrid 1991.
- LÓPEZ R. GÓMEZ, N., *Tratado teórico legal del Derecho de Sucesión según los precedentes históricos del derecho de Castilla y el Código civil, y las especialidades de las legislaciones forales*, tercera ed. aumentada con la Jurisprudencia dictada hasta el día por el Tribunal Supremo y varios modelos de partición de herencias por D. Vicente Castañeda y Alcover, tomo II, Madrid 1916.
- LÓPEZ A. M. -MONTÉS-E. ROCA, V. L., *Derecho Civil V, Sucesiones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VI, Madrid, REUS, 1903.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VI, vol. I, Madrid, REUS, 1973.

- MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VII, Madrid, REUS, 1914.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>, *Comentarios al Código Civil Español*, tomo VII, sexta edición revisada por Franco Bonet Ramón, Madrid, REUS, 1943.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La representación en el Derecho Sucesorio*, editorial Aranzadi, Pamplona 1966.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., Preterición y derecho de representación en el artículo 814.3 del Código Civil, Civitas, Madrid 1991.
- MAURA, A., *Dictámenes seleccionados*, por Maura Gamazo y Romero Valenzuela, t. III, dictamen n° 16, Testamento y sustitución, Madrid, Calleja, 1930.
- MAYNZ, C., *Cours de Droit Romain*, t. III, 4<sup>a</sup> edition, Bruxelles, 1877.
- MENA-BERNAL ESCOBAR, M<sup>a</sup> J., *La indignidad para suceder*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- MERINO HERNÁNDEZ, J. L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 1º., Madrid, EDERSA, 2002.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, “Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1985”, *CCJC*, n°9, 1985.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M<sup>a</sup>, *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1984.

- MORELL, J., “¿Heredan los nietos por representación en caso de renuncia del padre?”, *RGLJ*, t. 107, 1905.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil comentado y concordado* extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca, tomo XVI, 4ª ed., Madrid, Instituto Editorial REUS, 1945.
- MUÑOZ GARCÍA, C., *La colación como operación previa a la partición*, Pamplona, 1998.
- NATOLI, U., *La amministrazione dei beni ereditari*, t. I, Milano, 1947.
- NICOLÒ, R., “La vocazione ereditaria directa e indiretta”, *Annali Messina*, 1934.
- NICOLÒ, R., “La vocazione ereditaria diretta e indiretta”, *Raccolta di Scritti*, I, Milano, 1980.
- NOVOA SEOANE, R., “El derecho de representación según el Código Civil. Antinomias aparentes”, *RDP*, t. I, 1914.
- NÚÑEZ LAGOS, R., *El fideicomiso “si sine liberis decesserit” y el Código Civil*, Madrid, 1956.
- O’ CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, t. V, *Derecho de sucesiones*, 6ª ed., Madrid, Dijusa, 2007.
- ORTEGA PARDO, G., “Herederio testamentario y herederio forzoso”, *ADC*, T.3, fasc. 3, 1950.

- J. OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. VI-1, reimpr. de la 5ª ed., corregida y ampliada por VENZI MARCO, Torino 1927.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., “La naturaleza de la legítima”, *ADC*, T. XXXVIII, fasc. 4, oct.-dic., 1985.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888)*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.
- PEREGO, “La rappresentazione”, en *Tratato di Diritto Privato*, dir. RESCIGNO, V-I , Torino, 1982.
- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., *La indignidad sucesoria en el Código civil español*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- PÉREZ ESCOLAR, M., *El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. - ALGUER, J., *Notas al Ennercus “Tratado de Derecho civil*, Parte General, vol. I, Barcelona, 1934.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. - ALGUER, J., *Anotaciones a Enneccerus/Nipperdey, Tratado de Derecho civil*, I, 2, segunda parte, Barcelona, 1981.
- PÉREZ GIMÉNEZ, Mª T., *La reserva lineal del artículo 811 del Código civil*, Universidad de Jaén, 2005.

- PÉREZ GIMÉNEZ, M<sup>a</sup> T., “Los sujetos de la colación”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. II, Murcia 2004.
- PINTO RUIZ, J., “El actual artículo 814 del Código Civil no introduce el instituto de la representación en la sucesión testada”, *RGD*, núm. 483, diciembre 1984.
- PLANIOL, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, 3<sup>a</sup> ed., París 1905.
- PORRAS LARA, “El derecho de representación en la legislación de los impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes”, *RDP*, t. XXXII, 1948.
- PUIG FERRIOL, L y ROCA TRÍAS, E., *Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, 1<sup>a</sup> ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1987.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1976.
- PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, V-3, Barcelona, 1983.
- PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. VI, vol. -1, Madrid 1954
- PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*, t. VI, vol. -1, Madrid 1963.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. VI, 2<sup>a</sup> ed., Pamplona, Aranzadi, 1972.



- REPÁRAZ PADRÓS, M., “La crítica contemporánea al Proyecto de Código Civil de 1851”, *ADC*, 1997.
- REY PORTOLÉS, J. M., “Comentario a “vuela pluma” de los artículos de Derecho sucesorio reformados por la ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio”, *RCDI*, núm. 549, 1982.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La preterición en el Derecho común español*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.
- RIZO PÉREZ, N. H., “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la representación sucesoria”, *AC*, nº 20, 2007.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. I, 2ª edic. revisada, ampliada y puesta al día, Barcelona, Bosch, 1995.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. III, Barcelona, Bosch, 1994.
- ROCA SASTRE, R. Mª, “El derecho de representación en la sucesión testada”, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948.
- ROCA SASTRE, R. Mª, “El derecho de transmisión”, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948.
- ROCA SASTRE, R. Mª, “La adquisición y la repudiación de la herencia en el Derecho común y en el Derecho foral”, *Estudios de Derecho privado II, Sucesiones*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948.

- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, “Observaciones críticas sobre la tendencia expansionista del derecho de representación sucesoria”, *RGLJ*, 1943.

- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, “La designación, la vocación y la delación sucesorias”, *Problemática de la ciencia del Derecho, Estudios en homenaje al profesor José M<sup>a</sup>. Pi y Suñer*, Barcelona, Bosch, 1962.

- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, “Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los “nascituri”, *RDP*, t. XXX, enero-diciembre, Madrid, 1946.

ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>. *Notas al Derecho de sucesiones, de T. Kipp*, vol. 2º, en *Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolf*, t. V, Barcelona, Bosch, 1951.

- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, *Notas al Derecho de sucesiones de T. Kipp*, t. V del *Tratado de Derecho civil de Enneccerus, Kipp y Wolf*, 2ª ed., al cuidado de L. Puig Ferrol y F. Badosa Coll, Barcelona, Bosch, 1976.

- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, “La designación, la vocación y la delación sucesorias”, en *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, Instituto de España, 1981.

-ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup> “La adquisición hereditaria de la posesión”, *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, Instituto de España, 1981.

- ROCA SASTRE, R. M<sup>a</sup>, “Eficacia de los llamamientos sucesorios a favor de los “nascituri”, *Estudios sobre Sucesiones*, t. I, Madrid, Instituto de España, 1981.

- ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho Sucesorio*, “*mortis causa*”, Sevilla, Edelce, 1951.
- SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra*, VI, vol. 2º, Pamplona, Gómez, 1977.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil*, tomo VI, vols.1º, 2º y 3º, 2ª edición, Rivadeneyra, Madrid 1910.
- SAPENA TOMÁS, J., “La transmisibilidad de los derechos condicionales y la voluntad del testador”, *RGLJ*, T. 197, 1954.
- SAPENA TOMÁS, J., “Vocación directa e indirecta”, *RDEA*, 1960.
- SARMIENTO RAMOS, J., *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- SCHULTZ, F., *Derecho romano Clásico*, trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Bosch, 1960.
- SERRANO GARCÍA, J., *La reserva troncal del artículo 811 del Código civil*, Barcelona, 1991.
- SERRANO GARCÍA, J., “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1992”, *CCJC*, abril/agosto de 1992.
- SERRANO GARCÍA, J. A., “De las sucesiones en general. Capítulos I a IV (artículos 1 a 39)”, en *Ley de Sucesiones, Comentarios Breves* por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, Zaragoza, Librería General, S.A., 1999.

- SERRANO Y SERRANO, I., *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943.
- SERRANO Y SERRANO, I., “La representación”, *Enciclopedia Jurídica Española*, t. XI, Barcelona.
- SIERRA BERMEJO, L., “El derecho de representación en la sucesión testada”, *AAMN*, 1948.
- SOLS GARCÍA, P., “El heredero. Ideas para su estudio”, *RCDI*, T. XX, 1944.
- TORRES GARCÍA, T. F., “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)” en *Derecho de sucesiones, presente y futuro, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Santander, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2006
- TORRES GARCÍA, T. F., “La no colación de los gastos hechos para cubrir las necesidades de los hijos o descendientes discapacitados” en *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Santiago de Compostela, E.G.A.P, 2005.
- TORRES LANA, “Reforma de familia y sucesión “mortis causa”, *Documentación Jurídica*, vol. 1º, Madrid, 1982.
- TRAVIESAS, M. M., “Sobre derecho hereditario”, *RDP*, 1921.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., (“Fideicomisos a término y condicionales y la cláusula “*si sine liberis decesserit*” en el Derecho histórico de Castilla y en el Código Civil”, *ADC*, 1956.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.B., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil”, *ADC*, 1958.

- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “Hipótesis y tesis del artículo 811 del Código Civil”, *RDP*, 1962.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, t. I. *Las Legítimas*, vols. I y II, Madrid, I.N.E.J., 1974.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama de Derecho de Sucesiones*, t. I, *Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama de Derecho de Sucesiones*, t. II, *Fundamentos*, Madrid, Civitas, 1982.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo*, t. XI, Madrid, EDERSA, 1982.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., “La reserva lineal”, *Estudios de Derecho Sucesorio*, vol. VI, Madrid, Montecorvo, 1983.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama del Derecho de Sucesiones II, Perspectiva dinámica*, Madrid, Civitas, 1984.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español, V, Derecho de Sucesiones*, 3ª ed., Valladolid, Talleres Cuesta, 1926.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil Español, V, Derecho de Sucesiones*, 4ª ed., Talleres Cuesta, Valladolid, 1939.

- VATTIER FUENZALIDA, C., *El derecho de representación en la “sucesión mortis causa”*, Madrid, Montecorvo, 1986.
- VATTIER FUENZALIDA, C., *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993.
- VATTIER FUENZALIDA, C., “El derecho de representación”, en *Derecho de sucesiones, presente y futuro, XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil*, Santander, Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, 2006
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “El derecho de representación: cuestiones prácticas”, *Homenaje al Profesor L. Puig I Ferriol*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.